

DIE BEREICHERUNGSRECHTLICHE ABWICKLUNG
NICHTIGER GEGENSEITIGER VERTRÄGE NACH
"WEGFALL DER BEREICHERUNG"
(§ 818 Abs. 3 BGB)

Eine Alternative

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
des
Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

CHRISTIAN DITTRICH
Richter aus Lindenau

1975

Marburg 1976

DIE BEREICHERUNGSRECHTLICHE ABWICKLUNG
NICHTIGER GEGENSEITIGER VERTRÄGE NACH
"WEGFALL DER BEREICHERUNG"
(§ 818 Abs. 3 BGB)

Eine Alternative

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
des
Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

CHRISTIAN DITTRICH
Richter aus Lindenau

Marburg 1976



Berichterstatter: Professor Dr. Leser

Mitberichterstatter: Professor Dr. Sturm

Tag der mündlichen Prüfung: 30. Juni 1975

INHALTSVERZEICHNIS:

	Seite
I.	
Einleitung	1
II.	
Gegenwärtiger Stand der wissenschaftli- chen Auseinandersetzung	5
§ 1	
Die Saldotheorie	5
1. Inhalt, Bedeutung und ursprüngliche Form der Saldotheorie	5
2. Übersicht über die Auseinandersetzung mit der Saldotheorie in der älteren Literatur	12
§ 2	
Neuere Lösungsvorschläge	16
1. Das Veranlassungsprinzip	16
2. Der Haftungsvertrag	18
3. Die vermögensmäßige Entscheidung	19
4. Das faktische Synallagma	22
5. Die Teilnichtigkeit von Willens- erklärungen	25
6. Die restriktive Auslegung des § 818 Abs. 3 und die Billigkeitshaftung analog § 829	29
7. § 818 Abs. 3 - eine Regelung der Scha- densverteilung	33
§ 3	
Gruppierung der Lösungswege	35

III.	
Gesetzliche Grundlagen für die Abwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge nach "Wegfall der Bereicherung"	40
§ 4	
Die Schlüsselbestimmung des § 818 Abs. 3.	40
1. § 818 Abs. 3 - eine Begünstigung des Bereicherungsschuldners	40
2. Der für die Begünstigung aus § 818 Abs. 3 erforderliche gute Glaube des Bereicherungsschuldners	42
3. Der mit der Begünstigung des § 818 Abs. 3 verfolgte Zweck	45
4. Die durch § 818 Abs. 3 gesicherte Vermögensposition	46
§ 5	
Die Entstehung des Vertrauens auf die Endgültigkeit des Erwerbs - Zeitpunkt und Umfang des vom Vertrauen umfaßten Vermögens	51
1. Der gute Glaube - eine Entwick- lungsstufe des Bewußtseins	51
2. Die Entstehung des Vertrauens bei einem gegenseitigen Vertrag	54
a. Bei bewußtseinsmäßiger Erfassung des Austauschverhältnisses	54
b. Bei fehlender bewußtseinsmäßiger Realisierung des Austauschverhält- nisses	58
3. Die Entstehung des Vertrauens bei ei- nem einseitig verpflichtenden Vertrag.	60
4. Die Entstehung des Vertrauens bei rechtsgrundlosen Leistungen anderer Art	61
5. Zusammenfassung	61

§ 6

Die Grundzüge des Bereicherungsausgleichs
unter Berücksichtigung der dargelegten
Auslegung des § 818 Abs. 3 62

1. Der Kern des Interessenkonflikts bei
der bereicherungsrechtlichen Abwick-
lung nichtiger gegenseitiger Verträge
- ein in der gesetzlichen Regelung
liegender Widerspruch 62

2. Der Kern des Interessenkonflikts
und die bisherigen Lösungsvorschläge.. 67

3. Der dem dargestellten Widerspruch
zugrunde liegende Vermögensvorteil
- eine "wirtschaftliche Ersparnis" ... 72

4. Der bereicherungsrechtliche Aus-
gleich des als "wirtschaftliche
Ersparnis" bezeichneten Vermögens-
vorteils 74

a. Die Einordnung der "wirtschaft-
lichen Ersparnis" unter den her-
gebrachten Bereicherungsbegriff ... 74

b. Die Einordnung der "wirtschaft-
lichen Ersparnis" unter § 812
Abs. 1 als Bereicherung "in son-
stiger Weise" 78

aa. Die "wirtschaftliche Er-
sparnis" als Erwerb "in
sonstiger Weise" 78

bb. Die Rechtsgrundlosigkeit
der "wirtschaftlichen Er-
sparnis" 81

cc. Die Verneinung des Rechts-
grundes aus Billigkeitsgrün-
den bei einem aufgrund der
Rechtsordnung erlangten
Erwerb 89

dd. Die übrigen Voraussetzungen für
eine bereicherungsrechtliche
Auskehrung der aufgetretenen
"wirtschaftlichen Ersparnis"... 95

5. Zusammenfassende Beurteilung 98

IV.	
Einzelfragen des Bereicherungsaus-	
gleichs bei nichtigen gegenseitigen	
Verträgen	100
§ 7	
Bereicherungsausgleich bei Rechtswirk-	
samkeit der dinglichen Rechtsgeschäfte	
und Gutgläubigkeit des Bereicherungs-	
schuldners	101
1. Bei Erwerb der Rechtsstellung aus	
§ 818 Abs. 3 durch Erbringung der	
Gegenleistung	101
2. Bei subjektiver Verkenennung der Ge-	
genleistungspflicht	106
§ 8	
Bereicherungsausgleich bei Rechtswirk-	
samkeit der dinglichen Rechtsgeschäfte	
und Bösgläubigkeit des Bereicherungs-	
schuldners	109
1. Die Unzulänglichkeit der herrschenden	
Meinung	109
2. Der "eigentliche Bereicherungsanspruch"	
- Folgerungen aus der Ausnahmeregelung	
des § 818 Abs. 3 für den Umfang der	
Haftung nach den übrigen Bereicherungs-	
regeln	114
3. Das Verhältnis des "eigentlichen Be-	
reicherungsanspruchs" zu den Vorschrif-	
ten über die Beziehungen zwischen Ei-	
gentümer und Besitzer (§§ 987 ff)	119
a. Der "eigentliche Bereicherungsan-	
spruch" und §§ 987 - 1003 als aus-	
schließliche Sonderregelung	119
b. Die Entwicklung der Auffassung	
über den Ausschließlichkeits-	
charakter der §§ 987 ff	122
c. Kritik aufgrund der erzielten Er-	
gebnisse	124
d. Der Vorrang der Bereicherungsregeln	
gegenüber dem Eigentümer-Besitzer-	
Verhältnis - eine zusammenfassende	
Beurteilung	131

§ 9	
Bereicherungsausgleich bei nur einseitig erfüllten gegenseitigen Verträgen	137
1. Das Problem	137
2. Die Erfassung einseitig erfüllter gegenseitiger Verträge im Wege einer Rechtsanalogie zu §§ 818 Abs. 4, 819, 820	141
a. Einzelanalogie oder Rechtsanalogie (Gesamtanalogie)	141
b. Der zu einer §§ 818 Abs. 4, 819, 820 entsprechenden Haftung führende allgemeine Rechtsgedanke	143
c. Die generelle Tauglichkeit der Rechtsanalogie zu §§ 818 Abs. 4, 819 ff	147
d. Zusammenfassung	149
3. Umfang der Haftung bei einseitig erfüllten Verträgen	150
§ 10	
Bereicherungsausgleich bei Nichtigkeit der Erfüllungsgeschäfte	153
1. Allgemeines	153
2. Die ungerechtfertigte "wirtschaftliche Ersparnis" nach beidseitiger Erfüllung	156
a. Bei Gutgläubigkeit des "entreicherten" Vertragspartners	156
b. Bei Bösgläubigkeit des "entreicherten" Vertragspartners	160
3. Der Ausgleich nach einseitiger Erfüllung	161
4. Die verbleibende Bedeutung der Nichtigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts	161

§ 11	
Die Nutzungen und Verwendungen im Rahmen des Bereicherungsausgleichs	162
1. Die Herausgabe der gezogenen Nutzungen	162
2. Die Einbeziehung der Verwendungen in den Bereicherungsausgleich	165
V.	
Die bereicherungsrechtliche Abwicklung bei Beteiligung geschäftsunfähiger und beschränkt geschäftsfähiger Personen	166
§ 12	
Allgemeine Überlegungen zur bereicherungsrechtlichen Haftung Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger	166
§ 13	
Das Prinzip des Schutzes der nicht voll Geschäftsfähigen	172
1. Inhalt und Zweck des § 105	172
2. Inhalt und Zweck der §§ 107, 108	176
3. Inhalt und Zweck des § 827	179
4. Inhalt und Zweck des § 828	182
5. Das gemeinsame Prinzip der §§ 104 f, 107 f, 827 f	184
§ 14	
Die Übereinstimmung der vorgeschlagenen Lösung mit dem Prinzip des Schutzes der Minderjährigen und Geisteskranken	185
1. Die Auswirkungen der Nichtigkeit nach §§ 104 f, 107 auf den Bestand der Willenserklärungen	185
2. Die Abhängigkeit der Entstehung des Vertrauens von dem Inhalt der tatsächlichen Willenserklärungen und der Schutz der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen	189

3. Die Vernichtung des Vertrauens durch Kenntnisse der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen	192
---	-----

4. Der in dem vorgeschlagenen Lösungsweg verwirklichte Schutz der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen - eine Zusammenfassung	197
---	-----

§ 15 Die Rechtsprechung bei Vertragsnichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit und beschränkter Geschäftsfähigkeit	198
---	-----

1. Die Rechtsprechung und der vorgeschlagene Lösungsweg	198
---	-----

a. Vertragsnichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit	198
---	-----

b. Vertragsnichtigkeit wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit	201
--	-----

2. Das "Flugreiseurteil" - BGHZ 55, 128 ff	210
--	-----

VI. Die bereicherungsrechtliche Abwicklung bei sonstigen Nichtigkeitsgründen	216
---	-----

VII. Der vorgeschlagene Lösungsweg im Verhältnis zu anderen Lösungswegen	226
---	-----

Literaturverzeichnis	233
----------------------------	-----

Die Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

Die Abkürzungen sind die allgemein bekannten.

I.

EINLEITUNG

Schon seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs beschäftigt Rechtsprechung (1) und Lehre (2) die Beurteilung der Bereicherungsansprüche bei Abwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge nach erfolgtem Leistungsaustausch. Ausgangspunkt der Auseinandersetzungen, die noch nicht als abgeschlossen bezeichnet werden können (3), bildete etwa folgende Interessenlage:

A übergibt dem B ein Tonbandgerät und erhält dafür von B einen Motorroller in gleichem Wert. Das Ver-

-
- (1) RGZ 32, 319 ff; 54, 137 ff; 59, 92 ff; 60, 284 ff;
 - (2) u.a. Kühlenbeck BA 5, 285 ff; R. Leonhard BA 5, 153 f; v.Tuhr, Festschrift Bekker, S. 291 ff; Oertmann, BGB-Komm. § 818 Anm. 3 a; vgl. auch unten § 1 S. 5 ff m.w.N.;
 - (3) Die wesentlichsten Veröffentlichungen seit 1960: Horst S. 100 ff; Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 11 ff; ders. JuS 1967, 302 ff; Diesselhorst, Natur der Sache, S. 28 ff; ders. JZ 1970, 418 ff; Flessner, Wegfall, S. 95 ff; ders. NJW 1972, 1777 ff; Kaehler, Bereicherungsrecht, S. 154 ff; Berg MDR 1967, 448; Metzler NJW 1971, 690 ff; ders. MDR 1971, 633 f; Kellmann NJW 1971, 862 ff; Pinger MDR 1972, 101 ff, 187 ff; Knütel, JR 1971, 293 ff; Batsch NJW 1972, 611 ff; Teichmann JuS 1972, 247 ff; Lieb NJW 1971, 1289 ff; Canaris JZ 1971, 560 ff; Medicus FamRZ 1971, 247 ff; Roth, Festschrift Küchenhoff, S. 371 ff; Wilhelm, Rechtsverletzung, S. 62 ff; Weitnauer NJW 1970, 637 ff; Kühne JR 1972, 112 ff; Herr NJW 1972, 250 ff; Huber JuS 1972, 439 ff; Flume NJW 1970, 1161 ff; Honsell MDR 1970, 717 ff; ders. NJW 1973, 350 ff; Lieb JZ 1972, 422 ff; v. Caemmerer, Festschrift Larenz, S. 621 ff; Rietschel LM Nr. 15 zu § 818 Abs. 3; ders. LM Nr. 3 zu § 819; LG Göttingen NJW 1962, 639; LG Bielefeld 1963, 900; LG Münster NJW 1964, 51; KG FamRZ 1964, 518; OLG München VersR 1966, 2360 m.Anm.v. Medicus NJW 1967, 354; LG Mannheim NJW 1969, 239; OLG Stuttgart NJW 1969, 612 m. Anm.v. Franz NJW 1969, 1623 f u. Winter NJW 1969, 1120 f; LG Lüneburg NJW 1970, 665 m.Anm.v. Medicus; OLG Köln NJW 1970, 285; BGHZ 53, 144 ff; 55, 128 ff; 57, 137 ff;

pflichtungsgeschäft ist nichtig, die dinglichen Geschäfte aber wirksam. Der Motorroller geht ohne Verschulden bei A ersatzlos unter.

Nach der Zweikonditionenlehre (4), für die der Wortlaut der §§ 812, 818 spricht, gestaltet sich das Verhältnis zwischen A und B folgendermaßen:

B hat gegen A keinen Bereicherungsanspruch mehr, da dieser nicht mehr bereichert ist (§§ 812, 818 Abs. 3). A kann aber ungeachtet der Tatsache, daß er das Eigentum an dem Motorroller nur anlässlich der Übereignung des Tonbandgerätes an B erhalten hat, aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung von B Herausgabe des Tonbandgerätes verlangen. (5)

-
- (4) wichtigste Vertreter: v. Tuhr u. Oertmann vgl. Note 2 u. unten Note 5;
- (5) Die Zweikonditionenlehre geht von der Vorstellung aus, daß bei der Abwicklung nichtiger, beidseitig erfüllter gegenseitiger Verträge jeder Vertragspartner Bereicherungsschuldner der empfangenen und Bereicherungsgläubiger der weggegebenen Leistung ist. Nach ihr bestehen zwei voneinander unabhängige Bereicherungsansprüche, die auf die jeweils noch vorhandene Bereicherung beschränkt sind und selbständig geltend gemacht werden müssen. Eine Verbindung beider Ansprüche ist nur nach den Grundsätzen der Aufrechnung bei gleichartigen und durch die Einrede des Zurückbehaltungsrechts bei ungleichartigen Leistungen möglich. Dies soll ohne Einschränkung und unabhängig von dem Nichtigkeitsgrund gelten. Ein ursächlicher Zusammenhang oder irgendeine andere Abhängigkeit zwischen der durch den Empfang der Leistung eingetretenen Vermögensmehrung und der durch die Hingabe der Gegenleistung eingetretenen Vermögenminderung wird verneint, weil die Bereicherung nur durch die abstrakte Leistung eintrete und die Einbringung der Gegenleistung keine Folge der Bereicherung sei, sondern vielmehr wegen einer vermeintlichen Verpflichtung erbracht werde. Da die Rechtsordnung einem nichtigen Vertrag die rechtliche Wirkung versage, sei es auch richtig, daß Rechtsfolgen nur an die abstrakten dinglichen Geschäfte geknüpft würden. Daraus ergebe sich ferner, daß als Grundlage der Beurteilung nicht der nichtige Vertrag herangezogen werden könne. Vgl. hierzu:

Das als unbillig empfundene Ergebnis vermeidet die heute trotz vieler Angriffe noch herrschende Lehre mit Hilfe der Saldotheorie (6) und verneint einen Bereicherungsanspruch des A. (7) Ähnliche Ergebnisse streben - abgesehen von der Zweikonditionenlehre - aber auch alle anderen bisher entwickelten Lösungsvorschläge an. (8)

-
- Oertmann, BGB-Komm. § 818 Anm. 3a; ders. DJZ 1915, 1063; ders. JW 1918, 132; ders. JW 1919, 377; ders. Recht 1919, 329; v. Tuhr, Festschrift Bekker, S. 291 ff; Kress, SchR. S. 372; Schneider JherJb. 61 (1912), 119 ff; Descombes S. 30 ff; In der Rechtsprechung wird die Zweikonditionenlehre nur selten vertreten: RGZ 49, 421; 59, 92; RG Recht 1907 Nr. 2503; JW 1910, 799; WarnRspr. 1910, 327 u. 441; 1918, 267; 1915, 474; RGZ 94, 253; RG JW 1919, 377; RGZ 117, 112; RG JW 1936, 1950;
- (6) Von der als herrschend bezeichneten Saldotheorie ist die sog. "strenge" Saldotheorie zu unterscheiden. Vgl. unten § 1 S. 7;
- (7) Vgl. u.a. Planck-Landois § 818 Anm. 5 e; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 812 Anm. 56 ff; Staudinger-Seuffert § 818 Anm. 45 ff; Erman-Seiler § 818 Anm. 19; Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 41 ff; Larenz, SchR., Bd. 2, § 70; Enneccerus-Lehmann, SchR., § 227 III; Esser, SchR., Bd. 2, § 105 II; Fikentscher, SchR., § 100 IV 3; Weintraud, Saldotheorie, S. 45 ff; Baer ZfHK 101, 260 ff; RGZ 86, 343; 98, 64; 105, 348; 170, 65; RG JW 1911, 40; 1915, 918; 1931, 529; 1932, 1044; RG Recht 1910 Nr. 2817; 1911 Nr. 3309; 1916 Nr. 1334; 1918 Nr. 700; RG GruchBeitr. 55, 936; 64, 717; 67, 316; RG SeuffA. 76, 42; 82, 80; RG WarnRspr. 1922, 149; vgl. BGHZ 1, 75; 9, 333; 14, 7; 26, 185; BGH LM Nr. 6/7/11 zu § 818 Abs. 3;
- (8) Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 164 ff; Leser, Faktisches Synallagma, S. 49 ff; Lehmann, Festschrift Nipperdey, S. 31 ff; Blomeyer AcP 154 (1955), 527 ff; Ordemann S. 152 ff; Horst S. 176 ff; Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 11 ff, 39, 45 ff; ders. JuS 1967, 302 ff; Diesselhorst, Natur der Sache, S. 28 ff, 45 ff; ders. JZ 1970, 418; Flessner, Wegfall, S. 95 ff; Kaehler, Bereicherungsrecht, S. 154 ff; Wilhelm, Rechtsverletzung, S. 62 ff;

Etwas anderes soll jedoch gelten, wenn einer der Vertragspartner geschäftsunfähig oder aber nur beschränkt geschäftsfähig war. Nur von einem Teil der Rechtsprechung und wenigen Autoren werden auch hier die Ergebnisse der Zweikonditionenlehre abgelehnt. (9) Insbesondere wendet das Reichsgericht trotz Geschäftsunfähigkeit des einen Partners ebenfalls die Saldotheorie an. (10)

Anlaß für das erneute Überdenken der bereicherungsrechtlichen Abwicklung ist die zuletzt genannte Fallgruppe. Vor allem durch das sog. "Flugreiseurteil" des BGH (11) ist wiederum deutlich geworden, daß die Saldotheorie mit der sich aus ihrer Begründung ergebenden Konsequenz, daß bei Abwicklung der wegen Geschäftsunfähigkeit bzw. beschränkter Geschäftsfähigkeit nichtigen Verträge die Zweikonditionenlehre angewendet werden muß, nicht befriedigen kann. Aus dem Ansatz der hiermit verbundenen Probleme, die auch durch die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters von 21 auf 18 Jahre (12) nicht beseitigt, sondern lediglich auf einen kleineren Personenkreis beschränkt wurden, sind die im folgenden dargelegten Gedanken entwickelt worden.

-
- (9) BGB-RGRK-Scheffler, 11. A., § 812 Vorbem. 24; Rubensohn S. 52 ff; Descombes S. 40 ff; Weintraud, Saldotheorie, S. 104 ff; Schneider JherJb. 61 (1912), 185; Wilburg, Festschrift Graz, S. 152 ff; Müllereisert, Vertragslehre, S. 165, 175 ff; Diesselhorst, Natur der Sache, S. 141 ff, 145 ff, 151 ff mit Einschränkungen.
- (10) RGZ 60, 284; 86, 343; RG JW 1910, 283; 1918, 132; RG WarnRspr. 1911 Nr. 325;
- (11) BGHZ 55, 128 ff;
- (12) vgl. § 2 in der ab 1.1.1975 geltenden Fassung (BGBI. I 1974, 1713); vgl. zur Herabsetzung des Volljährigkeitsalters auch Beitzke AcP 172 (1972), 240 ff; Schwab AcP 172 (1972), 266 ff;

II.

Gegenwärtiger Stand der wissenschaftlichen Auseinandersetzung

§ 1

Die Saldotheorie

1. Inhalt, Bedeutung und ursprüngliche Form der Saldotheorie

Die vom Reichsgericht in ihren Grundsätzen entwickelte Saldotheorie (1) beruht auf einem nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten bestimmten Bereicherungsbegriff und dem Grundsatz, daß die Bereicherung durch jede mit dem Erwerb ursächlich verbundene Vermögenseinbuße gemindert wird. (2) Sie bejaht einen die Anrechenbarkeit begründenden Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung und will die Rückabwicklung eines nichtigen, aber beidseitig erfüllten Vertrags einheitlich mit einem einzigen Ausgleichsanspruch durchführen. Sein Gegenstand soll die sich im Zeitpunkt des Austausches der Leistungen ergebende und durch diesen bedingte Vermögenserhöhung bei einem der Vertragspartner sein. Im Ergebnis ist nach ihr also nur derjenige bereichert, der per Saldo mehr erlangt als weggegeben hat. Die Gegenleistung wird somit nicht anders behandelt als Ausgaben, die im Kausalzusammenhang mit dem Empfang der Leistung entstanden sind. (3)

-
- (1) Vgl. RGZ 32, 319 ff; 54, 137 ff; 60, 284 ff;
(2) Vgl. oben S. 3 Note 7 u. 8; insbesondere aber Weintraud, Saldotheorie, S. 45 ff; Stieve, Gegenstand, S. 28 ff;
(3) Grundlegend: RGZ 32, 319 ff; 54, 137 ff; 60, 284 ff; vgl. im übrigen für viele: Staudinger-Seufert § 818 Anm. 37 ff; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 818 Anm. 56 ff; Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 35 ff; Erman-Seiler § 818 Anm. 19; Palandt-Thomas § 818 Anm. 6 A/B/C/D;

Allerdings wird heute der Grund für die Saldierung nicht ausschließlich in einem ursächlichen Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung gesehen (4), sondern ganz allgemein in dem inneren Zusammenhang der beiden Leistungen, vor allem aber in der wirtschaftlichen Abhängigkeit. (5) Weintraud definierte den wirtschaftlichen Zusammenhang zunächst so:

"Von einem zur Anrechnung berechtigenden einheitlichen Lebensverhältnis wird man zu sprechen haben, wenn zwei Personen derart zueinander stehen, daß die zufolge dieser Beziehungen ausgetauschten Leistungen nach den Anschauungen des täglichen Lebens nicht vereinzelt, sondern stets im Zusammenhang betrachtet, von wirtschaftlichem Zusammenhang, wo Verlust und Erwerb nach den Anschauungen der wirtschaftlichen Menschen, vor allem also der Kaufleute, als die zwei Seiten eines einheitlichen Geschäfts aufgefaßt werden." (6)

Er räumt aber selbst ein, daß diese Formulierung wenig scharf sei. (7) Seine Gedanken wurden von v. Caemmerer (8) und Leser (9) weitergeführt. Ihre Auffassung, der wirtschaftliche Zusammenhang der Leistungen sei nichts anderes als eine Auswirkung des Synallagmas, eine faktische synallagmatische Bindung, da jeder nur etwas gebe, um selbst etwas zu erhalten und umgekehrt, hat sich nach und nach durchgesetzt. (10)

-
- (4) so wohl Erman-Seiler § 818 Anm. 19;
 - (5) Weintraud, Saldotheorie, S. 45 ff; Er versucht als erster, in der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Leistungen eine Erklärung für die Saldotheorie zu finden.
 - (6) Weintraud, Saldotheorie, S. 71;
 - (7) Weintraud, Saldotheorie, S. 71 Fußnote 36;
 - (8) v. Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 386 f;
 - (9) Leser, Faktisches Synallagma, S. 49 ff;
 - (10) Staudinger-Seufert § 818 Anm. 45 a; Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 43 f; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 812 Anm. 56 ff (63); vgl. ferner Larenz, SchR., 9.A. Bd. 1 § 25 II, Bd. 2 § 64 II (seit 1956); 10.A. Bd. 2 § 70 II; Fikentscher, SchR., § 100 IV 3; Enneccerus-Lehmann, SchR., § 227 III 3; Esser, SchR. Bd. 2, § 105 II (seit 2.A. 1960, § 199, 4);

Abweichend hiervon begründet Kaehler (11) die Saldotheorie mit einem bis zum Angebot der Rückgewähr der erbrachten Leistung aufschiebend bedingten Behaltensgrund für die empfangene Leistung. Einen weiteren Behaltensgrund sieht er in dem Untergang der empfangenen Leistung unter den Voraussetzungen der Gutgläubigkeit i.S.d. § 818 Abs. 3. Auf diesen soll sich der "Entreicherte", - ohne rechtsmißbräuchlich zu handeln, - nur hinsichtlich des bei Vertragsgültigkeit erzielten Geschäftsgewinns berufen können, wenn er seinerseits die erbrachte Leistung zurückfordert. (12)

In welchem Umfang die Saldotheorie angewendet werden kann, wird von ihren Vertretern aber nicht einheitlich beurteilt.

Im Gegensatz zu der sog. "strengen" weicht die heute herrschende Saldotheorie von der Vorstellung eines in sich auf den wirtschaftlichen Überschuß aus Leistung und Gegenleistung beschränkten Bereicherungsanspruch ab, wenn die zurückzugewährenden Leistungen noch vorhanden, aber ungleichartig sind. (13) Hier

(11) Kaehler, Bereicherungsrecht, S. 154 ff, 209 ff, 243 ff, 252 f;

(12) Kaehler entwickelt aufgrund einer Parallele zum englischen Recht ein System von Gegentatbeständen, die als Behaltensgründe einen abstrakten Erwerb rechtfertigen. Sie bestehen im wesentlichen aus Interessengesichtspunkten auf der Grundlage rechtlicher Vorschriften oder rechtsgeschäftlicher bzw. rechtsgeschäftsähnlicher Beziehungen zwischen dem Kondiktionsgläubiger und -schuldner. Das letztendliche Eingreifen dieser Behaltensgründe wird wiederum durch Interessengesichtspunkte gesteuert, die in der Sphäre des Anspruchstellers liegen und ebenfalls aus dem Gesetz bzw. quasi-contraktuellen Ansprüchen hergeleitet werden.

(13) Staudinger-Seufert § 818 Anm. 45 c; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 812 Anm. 63; Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 41; Erman-Seiler § 818 Anm. 31; Palandt-Thomas § 818 Anm. 6 D; RGZ 108, 336; 117, 112; 133, 233; 137, 337; RG JW 1914, 301; 1927, 1932; 1936, 1950; BGH NJW 1963, 1870 f;

läßt sie eine gegenseitige Rückgabe der Leistungen zu, um nicht mit § 812 in Konflikt zu geraten. (14) Dem wirtschaftlichen Zusammenhang wird dadurch Rechnung getragen, daß der Bereicherungskläger die Ungleichartigkeit der Leistungen schon in seinem Klageantrag berücksichtigen und deren Rückgewähr Zug um Zug anbieten muß. (15)

Nach der "strengen" Saldotheorie müßte auch bei ungleichartigen Leistungen eine Saldierung stattfinden. Sie könnte nur in der Weise geschehen, daß die Herausgabe der Leistungen in Natur abgelehnt und auf einen wertmäßigen Ausgleich in Geld erkannt wird. Gegenstand des Geldanspruchs wäre dann der sich aus dem wertmäßigen Vergleich der Leistung und Gegenleistung ergebende wirtschaftliche Mehrwert der einen Leistung. (16)

Keine Anwendung findet die Saldotheorie, wenn nur einseitig erfüllt ist. Hier fehlt es an dem wirtschaftlichen Zusammenhang, in dem der Grund für eine Saldierung erblickt wird. Dieser soll sich erst aus dem tatsächlichen Vollzug des nichtigen Vertragsverhältnisses, dem Leistungsaustausch, ergeben. (17)

(14) § 812 verlangt, sofern die empfangene Leistung noch vorhanden ist, ihre gegenständliche Herausgabe. Vgl. Mugdan Bd. 2, Motive, S. 463 ff: "Der Empfänger ist in erster Linie verpflichtet, die empfangene Leistung einschließlich des aus dem Geleisteten Erworbenen (vgl. § 740) herauszugeben.

(15) Weintraud, Saldotheorie, S. 39; Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 41; Erman-Seiler § 818 Anm. 31; Larenz, SchrR. Bd. 2, § 70 II, III; Esser, SchrR. Bd. 2, § 105 II; Ordemann, S. 133; Horst S. 102 ff; RGZ 137, 336; RGJW 1914, 301; RG SeuffA. 76, 42; 82, 80; RG WarnRspr. 1924 Nr. 39; RG Gruch-Beitr. 67, 316; BGH NJW 1963, 1870;

(16) vgl. vor allem Preissler S. 12; Ordemann S. 132; Horst S. 105 f;

(17) Staudinger-Seufert § 818 Anm. 45 a; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 812 Anm. 65; Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 42; Erman-Seiler § 818 Anm. 27 ff; vgl. auch oben S. 6 Noten 8,9,10;

Ferner soll die Saldotheorie ausgeschlossen sein, wenn Vindikationsansprüche geltend gemacht werden können. (18) Wegen der "völligen Andersartigkeit", der Abstraktheit der Vindikationsansprüche und der abschließenden Regelung in den §§ 985 ff wird eine unterschiedliche Behandlung für gerechtfertigt und vom Gesetzgeber als gewollt erachtet. (19) Im Übrigen soll gegen eine Einbeziehung der Vindikationsansprüche in die synallagmatische Verknüpfung, die eine teilweise Aufrechterhaltung des Vertrags enthalte, sprechen, daß der Gesetzgeber durch das Nichtigkeitssurteil für die dinglichen Geschäfte die Unwirksamkeit habe besonders betonen wollen. (20) Das Reichsgericht hat die Saldierung aber zugelassen, wenn bei Nichtigkeit des dinglichen Geschäfts die Bereicherungshaftung erst durch einen weiteren Akt, z.B. durch Verbrauch, Verarbeitung oder Weiterveräußerung des erlangten Gegenstandes an einen gutgläubigen Dritten, begründet wird. (21) Weintraud fordert zusätzlich einen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Verbrauch bzw. Weiterveräußerung und dem Bewirken der Gegenleistung. (22)

-
- (18) Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 43; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 812 Vorbem. 23 u. Anm. 64; RGZ 129, 311; 133, 293; 137, 206; RGJW 1910, 799; 1912, 690; 1919, 377; RG WarnRspr. 1910 Nr. 406; 1915 Nr. 304; 1918 Nr. 181;
- (19) vgl. Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 43; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 812 Vorbem. 23 m.w.N. u. Anm. 65; Maenner DJZ 1916, 282 f; Weintraud, Saldotheorie, S. 97 ff; Er nimmt das mehr oder weniger als unabänderlich hin. Bolze AcP 76 (1890), 233 ff (258); A.A. z.B. Preissler S. 39; v.Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 387; Leser, Faktisches Synallagma, S. 65 ff;
- (20) vgl. Blomeyer AcP 154 (1955), 543 f m. Fußnote 43;
- (21) vgl. RGZ 32, 319; 60, 284; 86, 343; 163, 348; RG JW 1910, 283; 1911, 583; 1918, 132; OLG Hamburg SeuffA. 76 Nr. 21;
- (22) Weintraud, Saldotheorie, S. 77 f; Der wirtschaftliche Zusammenhang wird andeutungsweise auch in der Entscheidung RGZ 60, 284 ff (292) festgestellt;

Entgegen der Rechtsprechung des Reichsgerichts (23) ist nach Meinung einiger Autoren und Gerichte eine Saldierung auch möglich, wenn die Gegenleistung an einen Dritten erbracht wurde, da der Empfänger der Leistung in jedem Fall einen Wert in Höhe der Gegenleistung weggegeben habe. (24) Danach könnte also A, der aufgrund eines nichtigen Vertrages wirksam von B eine Leistung empfangen hat, diesem gegenüber seine Gegenleistung, die fehlgeleitet wurde oder aus anderen Gründen in die Hände eines Dritten gelangt ist, in Anrechnung bringen. (25)

Überwiegend wird aber eine Saldierung verneint, wenn ein Vertrag wegen Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des einen Partners nichtig ist. Die Rechtfertigung hierfür wird in dem Schutzzweck der

-
- (23) RG JW 1911, 152; RGZ 106, 4; 45; ebenso OLG Rostock OLGRspr. 26, 275; OLG Hamburg OLGRspr. 43, 90; BGHZ 9, 333; 14, 7; 26, 185; 36, 56; OLG Celle MDR 1958, 845;
- (24) vgl. Weintraud, Saldotheorie, S. 100 f; Erman-Seiler § 818 Anm. 28; Rothoefl AcP 163 (1964), 215 ff (219 f); Flume JZ 1962, 281 ff; ferner RGZ 98, 64; 163, 348; BGHZ 1, 75; KG OLGRspr. 12, 125; OLG Hamburg SeuffA. 76 Nr. 21; OLG Hamburg MDR 1954, 356;
- (25) Hierzu gehören insbesondere die Fälle, in denen A von B statt des Eigentums nur den Besitz einer im Eigentum des C stehenden Sache erlangt und diese gutgläubig veräußert oder verbraucht hat. Nach der Weiterveräußerung oder Umwandlung des Erlangten kann A nicht die an B bewirkte Gegenleistung von dem gegen ihn gerichteten Bereicherungsanspruch des Eigentümers C abziehen. Ist die Gegenleistung auf dem Transport untergegangen, so kann sie vom Bereicherungsschuldner als Wegfall der Bereicherung nur berücksichtigt werden, wenn er nicht bereits die Gefahr zu tragen gehabt hatte. Vgl. RGZ 63, 423; BGHZ 1, 75; BGH LM Nr. 2,6 zu § 818 Abs. 3;

entsprechenden Nichtigkeitsvorschriften gesehen. (26) Bei Nichtigkeit des Vertrags wegen arglistiger Täuschung (§ 123) oder Wucher (§ 138 Abs. 2) werden ähnliche Einschränkungen für richtig gehalten. (27) Das Reichsgericht sah in dem Normzweck des § 105 aber keinen Hinderungsgrund für die Anwendbarkeit der Saldotheorie. Vielmehr war gerade die Abwicklung der Verträge mit heimlich Geisteskranken oder Minderjähri-

-
- (26) Larenz, SchR. Bd. 2, § 70 III; Fikentscher, SchR., § 100 IV 3; Bohde S. 36 ff; Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 174; Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 51 ff, 56 ff; Medicus, BGB, § 12 II 3; Diederichsen, Fälle, S. 46 ff; Canaris, Feststellung, S. 104 f; Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 45; Blomeyer AcP 154 (1955), 543; Kieniger NJW 1961, 1582; Staudacher NJW 1961, 1908; Berg MDR 1967, 448; Medicus NJW 1967, 354; ders. 1970, 665; Franz NJW 1969, 1120; Metzler NJW 1971, 690; Beitzke AcP 172 (1972), 240 ff; BGHZ 55, 128; vgl. auch unten §§ 12 ff, S. 166 m.w.N. aus Literatur und Rechtsprechung. A.A. zum Teil das RG, vgl. die Zusammenstellung bei Leser, Faktisches Synallagma, S. 145 ff u. Diesselhorst, Natur der Sache, S. 166 ff, 193 ff; BGB-RGRK-Scheffler, 11.A., § 812 Vorbem. 24; wohl auch Staudinger-Seufert § 818 Anm. 40,47; Erman-Seiler § 818 Anm. 19 ff; Das Problem des Minderjährigenschutzes und seine Einschränkung im Interesse des redlichen Geschäftsverkehrs wird angedeutet, aber nicht endgültig entschieden bei v.Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 387; Leser, Faktisches Synallagma, S. 154 ff; Flessner, Wegfall, S. 141 mit Fußnote 154; vgl. außerdem oben I S. 4 mit Fußnoten 9,10,11;
- (27) Larenz, SchR. Bd. 2, § 70 III; Fikentscher, SchR., § 100 IV 3; Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 51; Medicus, BGB, § 12 II 3; Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 43; Palandt-Thomas § 818 Anm. 6 D c; RGZ 49, 424; 59, 92; 94, 310; RG JW 1910, 799; 1919, 377; 1936, 1950; RG WarnRspr. 1910 Nr. 406; 1915 Nr. 304; 1918 Nr. 181; RG HRR 1943, 360; BGH LM Nr. 12, 15 zu § 818 Abs. 3; BGHZ 53, 144; 57, 137; a.A. wohl Erman-Seiler § 818 Anm.27; BGB-RGRK Heimann-Trosien § 812 Anm. 65; v.Caemmerer, Festschrift Larenz, S. 621 ff (634); RG SeuffA. 82 Nr. 47; BGH NJW 1962, 1909; zurückhaltend BGH NJW 1964, 39;

gen Anlaß für die Entwicklung der Saldotheorie, da ohne sie der gutgläubige Geschäftspartner völlig schutzlos war. (28) Neuerdings hat auch der BGH (29) versucht, durch eine erweiterte Auslegung der §§ 818 Abs. 3, 819 den Schutz der nicht voll Geschäftsfähigen wieder etwas einzuschränken.

2. Übersicht über die Auseinandersetzung mit der Saldotheorie in der älteren Literatur

Schon kurz nach der Entwicklung der Saldotheorie war die Streitfrage, inwieweit ihre Ergebnisse dem Schutz der nicht voll Geschäftsfähigen ent- oder widersprechen, Anlaß zu weitgehenden wissenschaftlichen Auseinandersetzungen. (30) Oertmann (31) und v.Tuhr (32)

-
- (28) vgl. RGZ 32, 319; 60, 284; 72, 61; 86, 348; RG JW 1910, 283; 1918, 132; RG GruchBeitr. 55, 963; Auf die Bereicherungshaftung beschränkt Geschäftsfähiger hat aber die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, bisher die Saldotheorie nicht angewandt. Vgl. Diesselhorst, Natur der Sache, S. 193 f; im Übrigen vgl. auch oben I S. 4 Noten 9, 10, 11;
- (29) BGHZ 55, 128 ff;
- (30) Kühlenbeck BA 5, 285; R. Leonhard BA 5, 153; ders. BA 10, 228 f; ders. BA 13, 143; Oertmann, BGB-Komm. § 818 Anm. 3 a; ders. DJZ 1915, 1063; ders. JW 1918, 132; ders. JW 1919, 377; ders. Recht 1919, 329; ders. JR 1931, 229; Danz JW 1913, 1016; v. Tuhr Festschrift Bekker, S. 291 ff; Irrenschutz und Verkehrsschutz BA 13, 98; Homburger BA 10, 369; Max Wolff JW 1914, 129; Püschel JW 1914, 566; Fuchs NJW 1914, 270 u. 1011; Bernstein JW 1914, 1015; Maenner DJZ 1916, 282; Schneider JherJb. 61 (1912), 179; Tasche JherJb. 90 (1942), 101; Weintraud, Saldotheorie, S. 1 ff; Brandt, Verkehrssicherheit, S. 62 ff; ders. DRW 1937, 366; Gerstenberger Gruchbeitr. 71, 1 ff; Rümelin, Geisteskranken, S. 1 ff; Preissler S. 12 ff; Fischer, Festschrift Zitelmann, S. 1 ff (55); Bohde S. 30 ff; v. Lübtow, Conductio, S. 41 ff, 157 ff;
- (31) Oertmann DJZ 1915, 1063; ders. BGB-Komm. § 818 Anm. 3 a;
- (32) v. Tuhr, Festschrift Bekker, S. 291 ff; ders. DJZ 1916, 582 ff (584);

lehnten als Hauptverteidiger der Zweikonditionenlehre die Saldotheorie ab. Nach ihrer Meinung läßt sie sich insbesondere nicht mit § 105 und dem Schutz der beschränkt Geschäftsfähigen (§§ 106, 107) vereinbaren. Beide sind der Überzeugung, daß der Schutz des redlichen Verkehrs hinter dem Zweck des § 105 und dem vom Gesetzgeber gewollten und geregelten Schutz der beschränkt Geschäftsfähigen zurückzustehen habe. Jede andere Ansicht wird von ihnen als gesetzwidrig bezeichnet. (33)

Demgegenüber sehen andere eine nicht zu rechtfertigende Diskrepanz zwischen der im BGB für die nicht voll Geschäftsfähigen enthaltenen günstigen Regelung hinsichtlich der Teilnahme am Rechtsverkehr einerseits und dem anerkannten Schutz des redlichen Rechtsverkehrs andererseits. Bei ihren Überlegungen gehen sie zu einem großen Teil von dem Zweck der §§ 105 ff aus. So kommt Danz (34) zu dem Ergebnis, Zweck des § 105 sei es, den Geisteskranken zu schützen, soweit er bei dem einzelnen Rechtsakt wegen seines Geisteszustandes anders disponiert habe, als es ein verständiger und gesunder Mensch in der gleichen Lage getan hätte. Die Fortsetzung dieses Gedankens findet sich bei Tasche. (35) Er will z.B. den Kauf eines Bauernhofes aufrecht erhalten, wenn der Geisteskranke im Genuß des Kaufpreises geblieben ist, weil der Hof besser in der Hand eines gesunden Käufers als der eines Geisteskranken sei und ein Vormund in der Regel besser Geld als einen Hof verwalten könne. Hat der Geisteskranke das Geld verschleudert, soll der Erwerber dennoch Eigentümer des Hofes bleiben, dem Geisteskranken aber eine Rente zahlen. Die Vorschläge von Danz und Tasche haben je-

(33) Vgl. oben Noten 31, 32; wohl auch Max Wolff JW 1914, 121 ff;

(34) Danz JW 1913, 1016 ff;

(35) Tasche JherJb. 90 (1942), 101 ff;

doch keine Zustimmung gefunden. Max Wolff wandte sich entschieden gegen eine derartige Auslegung des § 105. (36) Er leitete aus den Motiven her, daß § 105 nur das Prinzip, den Geisteskranken vom gesamten Rechtsverkehr auszuschließen, enthalte.

Auch wurde versucht, durch analoge Anwendung des § 122 (37) sowie § 829 (38) einen Interessenausgleich herbeizuführen. Außerdem bezog man das Institut der partiellen Geschäftsfähigkeit (39) und den Gedanken, daß ein Geisteskranker im Zeitraum der 'lucida intervalla' voll geschäftsfähig sei, mit in die Überlegungen ein. (40)

Abgesehen von den unterschiedlichen Auffassungen über den Schutzzweck und dem Umfang des § 105 sind im Rahmen der Auseinandersetzung verschiedene rechtspolitische Vorschläge gemacht worden. (41) Ähnliche

-
- (36) Wolff JW 1914, 121 ff; später auch entschieden Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 53 ff;
- (37) Kuhlenbeck BA 5, 285; Nach ihm ist § 122 Ausdruck eines gemeinrechtlichen Grundsatzes, der in allen Fällen nichtiger Erklärungen anzuwenden ist, es sei denn, daß die Nichtigkeit bekannt war oder hätte bekannt sein müssen. Jung RuW 1912, 434; Krückmann, Recht 1913, 419;
- (38) Simon JW 1913, 294; Breit BA 11, 140; R. Leonhard BA 5, 153; ders. BA 13, 143; mit Einschränkungen auch Cohn BA 16, 54;
- (39) Beule, Stellung Geschäftsunfähiger, S. 34 m.w.N.; Zum heutigen Stand der Diskussion, Gebaur AcP 153 (1954), 332 ff; Flume, Rechtsgeschäft, § 13, 4; BGH FamRZ 1970, 641 m.w.N.;
- (40) Windscheid, Pandektenrecht § 71; Rümelin, Geisteskranken, S. 6 ff; Fuchs JW 1914, 1011 ff; Daß der nach § 104 Ziff. 2 Geschäftsunfähige in den lichten Zwischenräumen (lucida intervalla) voll geschäftsfähig ist, ist anerkannt. Vgl. Staudinger-Coing §§ 104, 105 Anm. 9 m.w.N.; Erman-Westermann § 104 Anm. 5; Flume, Rechtsgeschäft, § 13, 3; Gleiches gilt jedoch nicht für den wegen Geisteskrankheit Entmündigten (§ 104 Ziff. 3).
- (41) Für einen Schutz des redlichen Geschäftsverkehrs vor Schäden bei Geschäften mit Geisteskranken treten de lege ferenda ein: Rümelin, Geisteskranken, S. 61; Püschel JW 1914, 566; v. Lübtow, Conductio, S. 157 ff; Brandt DRW 1937, 366 ff; ders. Ver-

Überlegungen, wie die von Danz (42), ließen R. Leonhard (43) und Kuhlenbeck (44) die Forderung des Centralverbandes des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes unterstützen, welcher bereits 1905 in einer Eingabe an das Reichsjustizamt verlangte, den Schutz des § 122 auf die Fälle der wegen § 105 nichtigen Geschäfte auszudehnen. (45) In der Folgezeit schlugen Brandt (46) und Gerstenberger (47) eine dem Anfechtungsrecht entsprechende Regelung für die Geschäfte mit Geisteskranken vor. Brandt legte seinem Vorschlag den Begriff einer relativen Geschäftsunfähigkeit - Vernichtbarkeit des Vertrags nur im Fall eines unvernünftigen Geschäftes des Geisteskranken - zugrunde.(48)

Abschließend soll noch der Vorschlag von Max Rümelin (49) erwähnt werden. Er hält eine gesetzliche Regelung für richtig, die den Geisteskranken wie einen beschränkt Geschäftsfähigen behandelt, ihm z.B. für seine täglichen Bedürfnisse Geld zur freien Verfügung überläßt und den Vormund bei unvernünftigen und unvorhergesehenen Geschäften zu Rückforderung ermächtigt.

kehrssicherheit, S. 62 f, 71; Gerstenberger
GruchBeitr. 71 (1931), 1 - 31;

(42) Danz JW 1913, 1016 ff;

(43) R. Leonhard BA 5, 153 ff;

(44) Kuhlenbeck BA 5, 285 ff;

(45) Ähnliche Resolutionen werden bei Simon JW 1913, 191 ff mitgeteilt, vgl. BA 13, 98 ff;

(46) Brandt DRW 1937, 366 ff; ders., Verkehrssicherheit, S. 62 ff, 71 f;

(47) Gerstenberger GruchBeitr. 71 (1931), 1 ff (30f);

(48) vgl. oben Note 46;

(49) Rümelin, Geisteskranken, S. 39, 60 ff (64);

§ 2

Neuere Lösungsvorschläge

1. Das Veranlassungsprinzip

Wilburg hat als neuen Gesichtspunkt das Veranlassungsprinzip in die Lehre vom Wegfall der Bereicherung eingeführt. (1) Entgegen der Saldotheorie geht Wilburg von zwei selbständigen Bereicherungsansprüchen aus. Für die Nachteilsausgleichung soll allein das Verhalten des Be- und Entreicherten bei Entstehung des ungerechtfertigten Erwerbs maßgebend sein. (2) Den geeigneten Maßstab für eine Haftungsbeschränkung sieht Wilburg in dem Prinzip der Veranlassung. Derjenige, der die ungerechtfertigte Vermögensverschiebung verschuldet oder durch objektiv von den Regeln des Verkehrs abweichendes Verhalten verursacht habe, müsse das Risiko für den in diesem Zusammenhang entstehenden Schaden tragen. (3) Die Verkehrswidrigkeit umfaßt seines Erachtens all das, was sich in der Sphäre des betreffenden Vertragspartners ereignet und muß nicht den Grad des Verschuldens erreichen. (4) Aus praktischen Erwägungen hält Wilburg ein reines Verschuldensprinzip für zu eng und ein reines Verursachungsprinzip für zu weit, weil es z.B. in den Fällen der 'condictio indebiti' zu keiner Lösung führen könne. (5) Ist eine Leistung nicht an den Vertragspartner, sondern an einen Dritten gelangt, so gestattet Wilburg unter der Voraussetzung, daß der Bereicherungsschuldner das "mißverständnis" veranlaßt hat, ihre Anrechnung. (6)

-
- (1) Wilburg, Festschrift Graz, S. 138 ff, 145; vgl. aber auch Rabel ZSchwR N.F. 27, 291 ff; kritisch Leser, Faktisches Synallagma, S. 35 ff;
 - (2) Wilburg, Festschrift Graz, S. 145;
 - (3) Wilburg, Festschrift Graz, S. 147;
 - (4) Der Bereicherungsschuldner könne z.B. seine Haftung beschränken, wenn die ungerechtfertigte Vermögensverschiebung durch eine Ungewöhnlichkeit des Bereicherungsschuldners hervorgerufen worden sei. Wilburg, Festschrift Graz, S. 147, 150;
 - (5) Wilburg, Festschrift Graz, S. 147;
 - (6) Wilburg, Festschrift Graz, S. 158;

Wer nun Anlaß zu einer ungerechtfertigten Vermögensverschiebung gegeben hat, ist nach Ansicht Wilburgs eine Frage des einzelnen Falls. (7) Doch besteht für ihn, soweit nichts anderes nachgewiesen werden kann, eine Vermutung dafür, daß beide Vertragspartner die Veranlassung gegeben haben. Wilburg hält dann eine Teilung des dadurch entstandenen Schadens (Nachteile) für angemessen. (8) Demgegenüber verneint er aber eine Anrechnungsmöglichkeit, wenn erwiesen ist, daß entweder ein Verhalten des Schuldners oder beider oder keiner der beiden Vertragspartner Ursache für die Veranlassung ist. (9)

Die gleichen Grundsätze läßt Wilburg auch in den Fällen gelten, in denen ein gegenseitiger Vertrag wegen Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit nichtig ist. (10) Doch erscheint er selbst nicht ganz von diesem Vorschlag überzeugt, da er als bessere Lösung eine Änderung des Gesetzes befürwortet.

Für den Umfang der anrechenbaren Nachteile und Schäden steckt Wilburg im einzelnen folgenden Rahmen:
Den die Anrechnung von Schäden und Nachteilen rechtfertigenden Gedanken sieht Wilburg darin, das Vertrauen des Bereicherten im Hinblick auf die Endgültigkeit seines Erwerbs zu schützen. Schäden und Nachteile seien deshalb nur anzurechnen, wenn sie über den adäquaten Kausalzusammenhang hinaus in irgendeine Beziehung zu diesem Schutzzweck zu bringen seien, z.B. also da-

(7) Wilburg, Festschrift Graz, S. 147;

(8) Wilburg in Klang's Kommentar zum ABGB Bd. 6
Anm. X zu §§ 1431 - 1437 ABGB;

(9) Wilburg, Festschrift Graz, S. 147;

(10) Wilburg, Festschrift Graz, S. 152, 153;

rauf beruhen, daß der Bereicherte im Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs weitergehende Dispositionen getroffen hat. (11) Nicht zuletzt soll noch berücksichtigt werden, wie sich die Nachteile auf die soziale Lage der Parteien auswirken. (12)

2. Der Haftungsvertrag

In seiner Vertragslehre unterscheidet Müllereisert zwischen Schuld begründungs- und Haftungsbegründungsvertrag (kurz: Schuld- und Haftungsvertrag). Er sieht in einem Vertrag nicht bloß die Begründung einer Schuld, sondern daneben gleichwertig auch die Einigung über die Haftung für die zukünftige Wertverwirklichung. (13) Die Nichtigkeit soll generell sowohl den Schuld- als auch den Haftungsvertrag erfassen. Nur nach Leistungsaustausch soll etwas anderes gelten. Müllereisert hält den tatsächlich vollzogenen Leistungsaustausch und das dadurch auch tatsächlich vollzogene Haftungsgeschäft für irreversibel. Zur Begründung verweist er auf den Gedanken des "ne venire contra factum proprium" und das "estoppel-Prinzip". Der fehlerhafte Willensakt wird angeblich verdrängt durch die Macht der auf ihn aufgebauten Haftungserfüllungsakte und des durch diese nicht nur als gewollt, sondern als vollzogen erwiesene Einigsein der Beteiligten in bezug auf den Haftungsvertrag. (14) Den tieferen Grund für die Bestandskraft des Haftungsvertrags trotz der Nichtigkeit des Schuldvertrags sieht Müllereisert in dem "juristisch hochbedeutsamen Faktischen". (15) Das

(11) Wilburg, Festschrift Graz, S. 153 f, 157;

(12) Wilburg in Klang's Kommentar zum ABGB Bd. 6
Anm. X zu §§ 1431 - 1437 ABGB;

(13) Müllereisert, Vertragslehre, S. 156 ff (161, 172);

(14) Müllereisert, Vertragslehre, S. 160, 162;

(15) Müllereisert, Vertragslehre, S. 187; Das Einigsein soll keine individuelle Willenserklärung erfordern, sondern durch eine Umweltrechtsbewertung objektiv feststellbar sein, S. 216.

dem Faktischen zugrunde liegende Prinzip, welches seine Rechtsbedeutsamkeit ausmacht, soll nun darin bestehen, daß trotz der Nichtigkeit des Schuldvertrages ein rechtswirksames Haftungsverhältnis anerkannt wird (16). Weil der Bestand des Haftungsvertrags nur von tatsächlichen Vorgängen, die in ihrer Bedeutung zur Umwelt rechtlich bewertet werden, abhängt, hält Müllereisert die Frage der Geschäftsfähigkeit für unbedeutsam. (17) Offensichtlich will er aber, wenn einer der Vertragspartner geschäftsunfähig war, die Haftung in Form einer Billigkeitshaftung, die der des § 829 entspricht, gestaltet wissen. (18)

Der Inhalt des Haftungsvertrags soll generell dem des nichtigen Schuldvertrags nur mit umgekehrten Vorzeichen entsprechen. (19) Allerdings schränkt Müllereisert seine Vertragslehre selbst ein. Er will sie nur auf die Geschäfte des täglichen Lebens anwenden, für die es auf die individuelle Gestaltung der Leistung nicht ankommt und die wegen ihrer Alltäglichkeit und Notwendigkeit der Nichtigkeit weniger Bedeutung zukommen lassen als dem tatsächlichen Leistungsaustausch. (20)

3. Die vermögensmäßige Entscheidung

Ebenso wie die Vertreter der Saldotheorie hält Flume es für richtig, daß bei einem nichtigen gegenseitigen

-
- (16) Die allgemeine Bedeutsamkeit des Faktischen entnimmt Müllereisert dem Handelsrecht. Auch zieht er die Grundsätze des Dauerschuldverhältnisses und des Rücktrittsrechts in seine Überlegungen ein, Müllereisert, Vertragslehre, S. 183 ff; Der faktische Leistungsaustausch spielt auch schon bei der Begründung der Saldotheorie eine entscheidende Rolle, vgl. oben II § 1 Ziff. 1, S. 5 ff; vgl. schon früher Bolze AcP 76 (1890), 233 ff (241) und Fischer, Festschrift Zitelmann, S. 1 ff;
- (17) Müllereisert, Vertragslehre, S. 165;
- (18) Müllereisert, Vertragslehre, S. 175 f;
- (19) Müllereisert, Vertragslehre, S. 187;
- (20) Müllereisert, Vertragslehre, S. 184, 215;

Vertrag der ohne Rechtsgrund Leistende dadurch, daß er die empfangene Leistung behalten kann, von dem Verlust seiner eigenen Gegenleistung bei seinem Vertragspartner freizustellen ist. (21) Für ihn ist aber der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht gegenständlich an dem rechtgrundlosen Erwerb orientiert, sondern als Wertanspruch auf die abstrakte Vermögenserhöhung gerichtet. (22) Danach ist ein Bereicherungsanspruch selbst, wenn der Bereicherungsschuldner die Leistung noch gegenständlich hat, nur insoweit gegeben, als eine wertmäßige Vermögenserhöhung bei dem Kondiktionsschuldner besteht. Diesen Gedanken leitet Flume im wesentlichen aus § 818 Abs. 3 ab. Dem Wortlaut des Gesetzes, wonach der Bereicherte generell zur Herausgabe der Leistung verpflichtet ist (§ 812) und lediglich unter den Voraussetzungen des § 818 Abs. 2 ihren Wert zu ersetzen hat, mißt er untergeordnete Bedeutung zu. (23) Der so verstandene Bereicherungsanspruch und die in der nichtigen vertraglichen Vereinbarung liegende, von Flume als rechtlich bedeutsam angesehene vermögensmäßige Entscheidung stellen den Ausgangspunkt seines Lösungswegs dar. (24)

-
- (21) Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 103 ff (106 ff); Flume kritisiert die Saldothorie wegen ihrer unzureichenden Ergebnisse in den Fällen der §§ 816, 951 und der Vorleistung, sowie wegen der Erschütterung des Schutzes der nicht voll Geschäftsfähigen, S. 161 ff;
- (22) Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 151 ff, 165 ff;
- (23) Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 175;
- (24) Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 151 ff, 165 ff; zustimmend Lehmann, Festschrift Nipperdey (1955), S. 31 ff; Enneccerus-Lehmann, SchR § 227; neuerdings Wilhelm, Rechtsverletzung, S. 62 ff, der u.a. in der Auffassung von Pawlowski und Diesselhorst eine Bestätigung der Lehre Flumes sieht. Kritisch insbesondere Leser, Faktisches Synallagma, S. 36 ff; Blomeyer AcP 154 (1955), 527 ff (534 ff); Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 65 ff; Diesselhorst, Natur der Sache, S. 57 ff; Flessner, Wegfall, S. 36 ff;

Nach seinen Vorstellungen fällt nämlich derjenige, der mit seinem Willen einen gegenseitigen Vertrag schließt, damit - ungeachtet der Nichtigkeit - die vermögensmäßige Entscheidung, statt des Vermögenswertes seiner Gegenleistung den Wert der an ihn zu erbringenden Leistung zu besitzen. (25) Diese Entscheidung soll nicht erst in der Erbringung, sondern schon in der Vereinbarung der Gegenleistung liegen, weil der betreffende Vertragspartner damit willentlich sein Vermögen in Höhe der Gegenleistung eingesetzt hat. (26) Demnach muß derjenige die Konsequenzen aus ihr tragen, der sie willentlich getroffen und sich somit für einen Austausch in seinem Vermögen entschieden hat. (27) Für Flume übernimmt der Empfänger auch bewußt die Gefahr des Verlustes zu Lasten seines Vermögens. Das bedeutet, daß die empfangene Leistung als Teil des Empfänger vermögens das Schicksal des restlichen Vermögens teilt. (28) Als Konsequenz soll eine Minderung des Bereicherungsanspruchs nur bis zu dem Wert der willentlich vereinbarten Gegenleistung eintreten können, da andernfalls das Gleichgewicht der gegenseitigen Ansprüche gestört würde. (29)

Im Ergebnis führt der Lösungsvorschlag Flumes dazu, daß sich bei Rückabwicklung eines nichtigen gegenseitigen Vertrags immer zwei Bereicherungsansprüche, die durch Aufrechnung oder Zurückbehaltung miteinander verbunden werden können, gegenüberstehen. Keine Rolle spielt dabei, ob und aus welchen Gründen die empfangene Leistung möglicherweise untergegangen ist, da aufgrund der Bindung an die vermögensmäßige Entscheidung an deren Stelle ein Wertersatzanspruch tritt. Ein Berufen auf § 818 Abs. 3 ist mithin ausgeschlossen. (30)

(25) Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 165;

(26) Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 167;

(27) Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 165;

(28) Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 165, 166;

(29) Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 167;

(30) Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 166 ff, 175;

Die Lehre von der vermögensmäßigen Entscheidung ist aber nur in beschränktem Umfang anwendbar. Das ergibt sich schon aus ihrer dogmatischen Begründung. Sie ergreift nicht die Fälle, in denen die vermögensmäßige Entscheidung nicht willentlich getroffen worden ist, z.B. wenn ein Vertrag durch Drohung, arglistige Täuschung, unsittliche Knebelung oder aufgrund eines Irrtums zustande gekommen ist. Hierauf weist Flume ausdrücklich hin (31). Damit bleiben aber die Probleme bei der Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge, sofern eine der zurückzugewährenden Leistungen untergegangen ist, gerade für einen Teil der typischen Fälle ungelöst. (32) Außerdem sollen Geschäftsunfähige oder beschränkt Geschäftsfähige in keinem Fall an die vermögensmäßige Entscheidung gebunden werden können, da andernfalls der vom Gesetz gewollte Schutz dieses Personenkreises nicht respektiert werde. (33) Dem steht aber nicht entgegen, daß der jeweils geschäftsfähige Vertragspartner dennoch an seiner vermögensmäßigen Entscheidung festgehalten wird.

4. Das faktische Synallagma

Die Auswirkungen der Lehre vom faktischen Synallagma decken sich im wesentlichen mit den praktischen Er-

(31) Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 172 f;

(32) Flume erwägt aber, einen Irrrenden auch dann an seiner vermögensmäßigen Entscheidung festzuhalten, wenn ein Vertrag unter allen Umständen abgeschlossen worden wäre und die arglistige Täuschung nur die Gestalt des Geschäfts u.a. die Höhe der Gegenleistung beeinflußt hat. Die Höhe der Haftung soll sich hier nach dem Wert der Gegenleistung, die ohne die Täuschung oder den Irrtum vereinbart worden wäre, richten (Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 173 f).

(33) Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 174 f;

gebnissen der Saldotheorie. (34) Sie geht aber bei Rückabwicklung eines nichtigen gegenseitigen Vertrags, sofern er von beiden Seiten erfüllt worden ist, anders als die Saldotheorie, von zwei selbständigen Bereicherungsansprüchen aus, die in gleicher Weise miteinander verbunden sind, wie die Leistungen bei einem gegenseitigen Vertrag. (35) Der Tatbestand für die Verknüpfung der beiden Bereicherungsansprüche wird in dem faktischen Synallagma, dem tatsächlichen Austausch der Leistungen im Vertrauen auf die Endgültigkeit des Vertrags gesehen. (36) Daher ist das faktische Synallagma nicht nur eine Nachwirkung des nichtigen Vertrags, sondern zugleich etwas Tatsächliches. (37) Auf die Beziehungen zwischen den beiden Ansprüchen werden in weitem Umfang die Grundgedanken der §§ 320 ff angewendet. (38) Die Lehre vom faktischen Synallagma verneint daher § 818 Abs. 3 als Grundlage für die Anrechnung der Gegenleistung. (39) Nach ihr wird diese Bestimmung durch das faktische Synallagma vielmehr dahingehend modifiziert, daß der Wegfall der Bereicherung nur zu berücksichtigen ist, wenn sich hierfür aus dem synallagmatischen Abhängigkeitsverhältnis der Kondiktionsansprüche besondere Gründe ergeben. Dies ist u.a. der Fall, wenn die

-
- (34) Leser, Faktisches Synallagma, S. 82; Der Gedanke des faktischen Synallagma hat sich im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Haftung weitgehend durchgesetzt. Vgl. oben II § 1 Ziff. 1 Note 10; kritisch: die anschließend dargestellten Lösungswege, vgl. unten § 2 Ziff. 5 bis 7 S. 25 ff; neuerdings auch Kaehler, Bereicherungsrecht, S. 215 f;
- (35) Leser, Faktisches Synallagma, S. 52; v.Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 384 ff;
- (36) Leser, Faktisches Synallagma, S. 49; v.Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 386;
- (37) Ansätze zu dieser Auffassung finden sich auch bei Flume. Er führt aus, die vermögensmäßige Entscheidung des Empfängers sei Wirklichkeit, die auch nicht dadurch beseitigt werden könne, daß der Vertrag als Rechtsgeschäft von der Rechtsordnung nicht anerkannt werde. Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 166; vgl. auch oben II § 2 Ziff. 2 S. 18 ff und Note 16;

Interessenlage eines rückabzuwickelnden nichtigen gegenseitigen Vertrags der des § 324 entspricht,¹ dessen Grundgedanke auf das faktische synallagmatische Verhältnis angewendet wird. (40) Unter diesen Voraussetzungen muß der Gläubiger des Leistungsanspruchs die Gefahr für die Gegenleistung tragen, da er den Umstand zu vertreten hat, der bei dem Schuldner zu dem Untergang des Empfangenen geführt hat. (41) Im übrigen kann aber der Empfänger einer Sache bei synallagmatischer Verbindung der Bereicherungsansprüche das von ihm Geleistete nur zurückverlangen, wenn er seinerseits das Empfangene zurückgibt oder dessen Wert ersetzt. (42)

Ob und inwieweit eine Bindung durch den faktischen Leistungsaustausch eintritt, soll außerdem von den Nichtigkeitsgründen abhängen. (43) Eine synallagmatische Bindung der Rückabwicklungsansprüche wird u.a. verneint, wenn der Vertrag wegen Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des einen Vertragspartners nichtig ist. Als Grund wird hier wiederum angeführt, daß die von dem Gesetzgeber angeordnete Nichtigkeit der Willenserklärungen eines nicht voll Geschäftsfähigen dem Schutz dieser Personen vor nachteiligen Rechtsgeschäften dienen solle. Deshalb

(38) Leser, Faktisches Synallagma, S. 52 f;

(39) Leser, Faktisches Synallagma, S. 53;

(40) Leser, Faktisches Synallagma, S. 55 f; § 325 soll keine Anwendung finden. Auf die zwischen § 323 und § 325 bestehenden Unterschiede wird nicht abgestellt, weil der Empfänger nur das Gegenleistungsrisiko zu tragen habe.

(41) Leser, Faktisches Synallagma, S. 56;

(42) Leser, Faktisches Synallagma, S. 54, 59 ff;

(43) Leser, Faktisches Synallagma, S. 77 ff; vgl. v.Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 387; Das Vorliegen einer synallagmatischen Bindung ist u.a. ausgeschlossen, wenn der Vertrag einseitig erfüllt ist (S. 59 ff), sowie in den Fällen des § 951 (S. 61 ff) und des Rücktritts (S. 70,77);

wird auch eine Bindung durch den im Leistungsaustausch zum Ausdruck kommenden natürlichen Willen abgelehnt. Das dadurch geschaffene Abhängigkeitsverhältnis wird als ein belastendes Rechtsgeschäft angesehen, das dem Schutzzweck der §§ 105 ff widerspreche. (44)

Eine synallagmatische Bindung der Kondiktionsansprüche soll ferner nicht bestehen können, wenn das Vertragsverhältnis wegen arglistiger Täuschung oder Drohung angefochten worden ist. Die Anfechtung nach § 123 soll auch die faktische synallagmatische Bindung ergreifen, da eine Willenserklärung, die durch eine rechtswidrige Beeinflussung des Willens zustande gekommen ist, nicht auf einem Umweg über die Bestärkung dieses Willens durch die Leistungshandlungen aufrechterhalten werden könne. (45)

In den Fällen, in denen die faktische synallagmatische Bindung nicht besteht, erfolgt die Abwicklung nach den Grundsätzen der Zweikonditionenlehre. (46)

5. Die Teilnichtigkeit von Willenserklärungen

Pawlowski geht einen etwas anderen Weg, um zu einer Lösung der Probleme zu kommen, die bei Abwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge auftreten. (47) Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist der heute vorherrschende Begriff der Nichtigkeit, nach dem ein

(44) Leser, Faktisches Synallagma, S. 81 f;

(45) Leser, Faktisches Synallagma, S. 79;

(46) Leser, Faktisches Synallagma, S. 19;

(47) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 9 ff; ders. JuS 1967, 306 ff;

nichtiges Rechtsgeschäft in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so behandelt wird, als ob es nicht vorgenommen worden wäre. (48) Einen derart allgemein gefaßten Nichtigkeitsbegriff hält Pawlowski für unzureichend. (49)

In der Rechtsprechung und Lehre haben sich eine Reihe von Fallgruppen herausgebildet, bei denen die Folgen nichtiger Rechtsgeschäfte unterschiedlichen Charakter haben. Die Skala der Unterschiede reicht von den nichtigen Rechtsgeschäften, die in ihren Folgen voll gültigen entsprechen (50), bis zu denen, die überhaupt keine Rechtswirkungen begründen. (51)

Daraus folgert Pawlowski, daß das BGB keinen einheitlichen Nichtigkeitsbegriff kennt, sondern verschiedene Stufen der Nichtigkeit zuläßt, die im einzelnen durch die Intensität der Nichtigkeit bestimmt werden. (52) Für ihn bezieht sich die Nichtigkeit nicht auf die Willenserklärungen, sondern auf ihre Rechtsfolgen. (53) Durch die Nichtigkeit sollen deshalb die Rechtsfolgen nur insoweit ausgeschlossen werden, soweit es der Zweck der die Nichtigkeit anordnenden Norm erforderlich macht. Im übrigen soll die Nichtigkeit keinen Einfluß auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts haben. (54) Daß die Rechtsprechung den durch die

(48) vgl. Mugdan Bd. 1, Motive zu §§ 140, 142, S. 472 ff; Mugdan Bd. 1, Protokolle, S. 675 ff, wonach der Begriff eines nichtigen Geschäfts in dem genannten Sinne angeblich feststeht.

(49) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 31 ff, 41;

(50) z.B. faktische Vertragsverhältnisse, vgl. Larenz NJW 1956, 1897 ff (1899); BGHZ 21, 319 ff - Parkplatzfall -;

(51) z.B. ein formnichtiger Vertrag vor Erfüllung, vgl. auch BGHZ 20, 238 ff (344); BGH Betrieb 1955, 686; Erst nach (auch nur teilweiser) wechselseitiger Erfüllung wird eine synallagmatische Verbindung der ausgetauschten Leistungen angenommen, vgl. oben § 2 Ziff. 4 S. 22 ff;

Willenserklärungen der Parteien geschaffenen Zustand in bestimmter Weise anerkennt, schließt Pawlowski aus der Tatsache, daß das Gesetz es den Parteien in den meisten Fällen freistellt, die Geschäfte trotz Nichtigkeit tatsächlich durchzuführen. Deshalb geht er auch davon aus, daß es im BGB eine Teilgültigkeit bzw. Teilnichtigkeit gibt. Die Vorschriften, nach denen ein bestimmtes Rechtsgeschäft als nichtig zu klassifizieren ist, stellen nach seiner Auffassung nur klar, daß das betreffende Geschäft nicht in vollem Umfang seiner Intention anerkannt werden kann. (55)

In diesem Zusammenhang liegt der Hinweis nahe, der sich auch bei Pawlowski findet, daß zumindest der Teil der Rechtsprechung und Lehre, der ein faktisches Synallagma anerkennt, von einer gewissen Wirksamkeit des z.B. formnichtigen Vertrags ausgeht. (56) Der wesentliche Unterschied zwischen der Lehre vom faktischen Synallagma und der Auffassung Pawlowskis liegt aber darin, daß sich die Bindung der Parteien durch das faktische Synallagma als eine gesetzliche Folge darstellt, während die Bindung unter Berücksichtigung der Teilnichtigkeit bzw. Teilgültigkeit als rechtsgeschäftliche Folge zu werten ist. (57)

-
- (52) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 31 ff; 48 ff;
- (53) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 9 m.w.N.; 35, 45 ff; ebenso Henle, Festschrift Zitelmann, S. 1 ff (38); Hölder JherJb. 42 (1901), 1 ff (Fußnote 1); ders. § 104, S. 239; ders. Recht 1900, 161 ff (163); Ansätze sind auch bei Erman-Westermann § 104 Einl. Anm. 21 u. § 134 Anm. 27 zu finden.
- (54) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 36 f m.w.N. Zur Begründung zieht Pawlowski eine Parallele zur Lehre vom faktischen Synallagma, da das faktische Synallagma mit der "Fortwirkung des Austauschzwecks" erklärt wird.
- (55) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 45 ff;
- (56) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 37 m.w.N.
- (57) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 38, 46;

Den Vorwurf der Willensfiktion wehrt Pawlowski mit einem neuen Verständnis der Willenserklärung ab. Danach ist eine Willenserklärung nicht mehr als Ausdruck des "rechtsfremden Strebens", sondern als Verwirklichung der Privatautonomie, als Ausdruck eines rechtlichen (auf das Recht gerichteten) Willens zu verstehen. Folgt man der Auffassung von Pawlowski, so wird mit der auf einen Vertragsschluß gerichteten Willenserklärung angestrebt, daß die beabsichtigte rechtsgeschäftliche Bindung in dem rechtlich möglichen Umfang eintritt. Die infolge einer bloßen Teilnichtigkeit bestehenbleibende rechtsgeschäftliche Bindung ist somit eine von den Vertragsparteien gewollte Rechtsfolge. (58)

In welchem Umfang eine rechtsgeschäftliche Bindung trotz Nichtigkeit des Vertrags erhalten bleibt, beurteilt Pawlowski nach dem Grund der Nichtigkeit. (59) U.a. führt nach Pawlowskis Auffassung die Geschäftsunfähigkeit des einen Partners zur Aufhebung der synallagmatischen Abhängigkeit sowie zur Zerstörung jeder anderen rechtsgeschäftlichen Bindung. Dieses Ergebnis leitet er aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 105 ab. Seiner Überzeugung nach bezweckt § 105 allein, den Geschäftsunfähigen völlig aus dem Rechtsverkehr auszuschließen. (60) Zu dem gleichen Ergebnis kommt er in den Fällen, in denen der Vertrag wegen Minderjährigkeit (beschränkter Geschäftsfähigkeit) des einen Kontrahenten nichtig ist, da sonst der

(58) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 254 ff;
(59) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 48 ff;
(60) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 51 ff,
55;

Zweck des § 108, der Erziehung des Minderjährigen zu dienen, unterlaufen würde. (61)

6. Die restriktive Auslegung des § 818 Abs. 3
und die Billigkeitshaftung nach § 829

Nach Ansicht von Diesselhorst kann keiner der bisher in Rechtsprechung und Lehre vertretenen Lösungswege - insbesondere nicht die Saldotheorie (62) - die in der Rechtsprechung tatsächlich gefundenen Ergebnisse hinsichtlich des Bereicherungsausgleichs bei Abwicklung gegenseitiger Verträge rechtfertigen. (63) Er sieht allein in der restriktiven Auslegung des § 818 Abs. 3 den Weg, der zu richtigen und angemessenen Ergebnissen führt. (64)

Danach soll der gutgläubige Bereicherungsschuldner bis zur Höhe der von ihm eingesetzten Gegenleistung für solche Vermögens- bzw. Bereicherungsminderungen haften, die auf einen Verstoß gegen die in eigenen Angelegenheiten erforderliche Sorgfalt zurückzuführen sind. (65)

-
- (61) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 58 ff; Nach Pawlowski ist es der Zweck des § 108, zu verhindern, daß Geschäftsleute mit dem Minderjährigen Geschäfte abschließen, die der gesetzliche Vertreter als für dessen Erziehung schädlich ansieht. Ebenso Erman-Westermann § 106 Anm. 1;
- (62) Diesselhorst, Natur der Sache, S. 17, 54 f, 62 ff, 81, 84, 88 f, 182, 185, 198; vgl. auch ders. JZ 1970, 418 ff;
- (63) Diesselhorst, Natur der Sache, S. 62, 66 ff, 75f, 173 f, 185, 200 (Kritik der Lehre vom faktischen Synallagma); S. 57 f, 153 (Kritik an der Lehre von der vermögensmäßigen Entscheidung). Die Zweikonditionenlehre ist für Diesselhorst indiskutabel. Eine Rückkehr zu ihr ist s.E. unzulässig, da sie zu falschen Ergebnissen führe und ihr darüberhinaus die bindend gewordene Rechtsprechung entgegenstehe, S. 243.
- (64) Diesselhorst, Natur der Sache, S. 52, 58 ff; Der restriktiven Auslegung hat bisher Esser, Schr Bd. 2 § 105 II S. 383 zugestimmt.

Die restriktive Auslegung leitet Diesselhorst von den in der Rechtsprechung gefundenen Ergebnissen ab. (66) Für ihn hat die Rechtsprechung das Recht fortgebildet, soweit sie in Korrektur des gesetzlichen Ordnungsbildes die synallagmatische Struktur auch des nicht rechtswirksamen gegenseitigen Vertrags für dessen bereicherungsrechtliche Rückabwicklung berücksichtigt hat. (67) Denn seiner Auffassung nach ist durch die ständige Übung in der Rechtsprechung mit gesetzes-derogatorischer Kraft richterliches Gewohnheitsrecht entstanden. (68) Ferner mißt Diesselhorst gegenüber offenbar verfehlter gesetzlicher Regelungen der Natur der Sache Rechtsquellencharakter zu und zwar kraft der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die ihre Anforderungen in das nunmehr geltende Ganze der positiven Rechtsordnung transponiert hat. (69)

Durch die restriktive Auslegung des § 818 Abs. 3 wird eine Verschuldenshaftung hinsichtlich der empfangenen Leistung in den Bereicherungsausgleich einbezogen, ohne daß hierfür der tatsächliche Vollzug des nichtigen gegenseitigen Vertrags Voraussetzung ist. Diese Haftung des Empfängers für verschuldete Bereicherungsmininderungen bis zur Höhe des Werts der

-
- (65) Der Vorschlag von Diesselhorst stellt in gewisser Weise eine Verbindung der Gedanken von Wilburg (vgl. oben § 2 Ziff. 1 S. 16 ff), Flume (vgl. oben § 2 Ziff. 3 S. 19 ff) und Leser (vgl. oben § 2 Ziff. 4 S. 22 ff) dar. Kritisch zu dem Lösungsweg von Diesselhorst Beuthien JZ 1969, 570; vgl. auch Leser, Modern Law and Society 1974, 132 ff;
- (66) Diesselhorst, Natur der Sache, S. 31;
- (67) Diesselhorst, Natur der Sache, S. 244;
- (68) Die Natur der Sache sieht Diesselhorst nicht allein in der Autonomie, in der gleichen Freiheit aller Rechtsgenossen als der obersten Grundlage der Zivilrechtsordnung (S. 10 f, 14 f, 29), sondern sie ist auch als typischer Sinn eines jeweiligen auf dieser Freiheit beruhenden Lebensverhältnisses zu verstehen (S. 5, 20 ff, 29 m.w.N.).
- (69) Diesselhorst, Natur der Sache, S. 244;

eingesetzten Gegenleistung ist das Mittel der Korrektur der Ergebnisse der Zweikonditionenlehre. Daneben erlangt die faktische synallagmatische Bindung der Rückgewähransprüche nach erfolgtem Leistungsaustausch nur Bedeutung, wenn die empfangene Leistung bei einem der Vertragspartner durch Zufall untergegangen ist und es sich nicht feststellen läßt, wessen Sphäre der Nichtigkeitsgrund zuzurechnen ist. (70)

Der von Diesselhorst entwickelte Lösungsweg führt bei Abwicklung beidseitig erfüllter Verträge zu Ergebnissen, die im Regelfall mit denen der Saldotheorie übereinstimmen. Im Ergebnis ist letztlich nur der Bereicherungsüberschuß, die Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung, auszukehren und nur hinsichtlich dieses Überschusses bleibt die milde Regelung des § 818 Abs. 3 in vollem Umfang bestehen. Im Gegensatz zur Saldotheorie werden aber auch hier die Leistungen nicht miteinander verrechnet, sondern zurückgetauscht, wobei jedem der Partner ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273) oder bei gleichartigen Leistungen die Aufrechnungsbefugnis (§§ 387 ff) zusteht. (71)

Die Vorzüge seines Vorschlags sieht Diesselhorst vor allem darin, daß jeder Fall entsprechend seinen tatsächlichen Umständen beurteilt werden kann. Da § 818 Abs. 3 in seiner restriktiven Auslegung nicht nur Geltung haben soll, wenn der nichtige Vertrag bereits beiderseitig erfüllt war, ermöglicht dieser Lösungsweg auch eine Haftung des Vorleistungsempfängers, sofern dieser den Untergang der empfangenen Leistung zu vertreten hat. Außerdem gestaltet sich der Bereicherungsausgleich einfacher, wenn sich die Haftung

(70) Diesselhorst, Natur der Sache, S. 83;

(71) Diesselhorst, Natur der Sache, S. 62 ff; 181 ff;

des einen Vertragspartners nach Bereicherungsrecht und die des anderen nach den Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis richtet. Die schwierige Frage einer Einbeziehung der dinglichen Ansprüche in ein schuldrechtliches bzw. schuldrechtsähnliches Abhängigkeitsverhältnis stellt sich nicht, da die im Falle des verschuldeten Untergangs der empfangenen Leistung bestehen bleibende bereicherungsrechtliche Haftung ihren Ursprung nicht in einer faktischen Bindung der Rückgewähransprüche findet. (72)

In den Fällen, in denen der Vertrag wegen Geschäftsunfähigkeit des einen Vertragspartner nichtig ist, billigt Diesselhorst die Ergebnisse der Rechtsprechung, soweit versucht wird, die doktrinaire und verkehrsfeindliche Regelung des Rechts der Geschäftsunfähigen mit Hilfe der Saldotheorie zu mildern. (73) Diesselhorst begründet jedoch die von der Rechtsprechung erzielten Ergebnisse anders. Nach seiner Auffassung ist die Verschuldenshaftung im Rahmen des restriktiv ausgelegten § 818 Abs. 3, sofern diese infolge der Schuldunfähigkeit entfällt, in Anlehnung an § 829 durch eine Billigkeitshaftung zu ergänzen. (74) Hieraus soll eine volle Bereicherungshaftung folgen, wenn die Entreicherung auf einen Umstand zurückzuführen ist, den ein Geschäftsfähiger zu ver-

(72) Diesselhorst, Natur der Sache, S. 62 ff, 181 ff, 184 ff, 191 ff;

(73) Diesselhorst, Natur der Sache, S. 176 ff;

(74) Diesselhorst führt dazu aus: "Diese Auffassung halte ich für die befriedigendere, ohne indessen zu verkennen, daß sie die entsprechende Heranziehung des § 829 strapaziert," Natur der Sache, S. 181.

treten hätte. (75) Die gleichen Grundsätze will Diesselhorst auch angewendet wissen, wenn ein Vertrag wegen Beteiligung eines Minderjährigen nichtig ist und eine verschärfte Haftung des Minderjährigen (§§ 819 ff) oder ein Verschulden des geschäftsfähigen Vertragspartners nicht in Frage kommt. (76)

7. § 818 Abs. 3 - eine Regelung der Schadensverteilung

Flessner sieht in dem Bereicherungsausgleich nach Wegfall der Bereicherung ein Problem der Schadensverteilung. (77) Einen Schaden erleidet nach seiner Auffassung der Kondiktionsgläubiger, wenn ihm die an sich begründete Kondiktion wegen des Bereicherungswegfalls versagt wird, oder aber der Bereicherte, wenn er trotz Bereicherungswegfall zur Restitution verpflichtet bleibt. Es kommt für ihn deshalb darauf an, welcher der Parteien die vermögensmindernden Ereignisse im schadensrechtlichen Sinne zugerechnet werden müssen. (78)

In der bisherigen Differenzthese sieht Flessner keinen geeigneten Zurechnungsmaßstab, weil sie als Schadensträger von vornherein nur den Kondiktionsgläubiger ins Auge faßt. (79) Er zieht vielmehr Gesichtspunkte aus dem vertraglichen und außervertraglichen Recht heran, die s.E. auch im Rahmen des § 818 Abs. 3 zu einer angemessenen Schadensverteilung führen. (80) Hierzu rechnet er u.a. die Verur-

(75) vgl. oben Note 73;

(76) Diesselhorst, Natur der Sache, S. 193 ff (197);

(77) Flessner, Wegfall, S. 103 ff; vgl. ders. NJW 1972, 1777 ff; Gewisse Ansatzpunkte für seine Auffassung sieht Flessner in der Rechtsprechung, z.B. BGHZ 53, 144 ff; 57, 137 ff;

(78) Flessner, Wegfall, S. 104, 162; In diesem Punkt besteht eine gewisse Parallele zu der Auffassung von Wilburg (vgl. oben § 2 Ziff. 1 S. 16 ff) und Flume (vgl. oben § 2 Ziff. 3 S. 19 ff);

(79) Flessner, Wegfall, S. 108 ff;

(80) Flessner, Wegfall, S. 112, 162;

sachung und das Verschulden auf beiden Seiten (81), die Lokalisierung der Schadensursache nach Sphären (82), die Verbindung von Nutzen und Gefahr (83), die Art des Schadens (84), die Belastungsfähigkeit der Parteien (85), sowie Sinn und Tragweite der kondiktionsbegründenden Norm. (86) Jeder Gesichtspunkt soll, fallser im Einzelfall relevant erscheint, je nach Art der Lage der Umstände unterschiedliches Gewicht haben und so, allein oder im Vergleich mit anderen Gesichtspunkten, die Zurechnungsentscheidung in die eine oder andere Richtung lenken. (87)

Flessner vermeidet es, aus den gesamten Gesichtspunkten eine neue bindende, - wenn auch vielleicht aufgefächerte, - Haftungsregel zu formulieren. Er will vielmehr, daß in seiner Auffassung ein offenes System von Zurechnungsgründen gesehen wird, das es möglich macht, die bisher herrschende Lehre von der Saldotheorie bzw. dem faktischen Synallagma neu zu überdenken. (88) Bejaht wird die Saldotheorie in dem Fall, in dem derjenige, dessen empfangene Leistung untergegangen ist, nach Abwägung aller Zurechnungsgründe auf beiden Seiten nicht entlastet werden kann. (89)

Flessner sieht in seinem System der Zurechnungsgründe auch die Möglichkeit zu einem interessengerechten Ausgleich zu kommen, wenn einer der Vertragspartner minderjährig gewesen ist. An einer näheren Darstel-

(81) Flessner, Wegfall, S. 112 ff;

(82) Flessner, Wegfall, S. 122 ff;

(83) Flessner, Wegfall, S. 125 ff;

(84) Flessner, Wegfall, S. 131 ff;

(85) Flessner, Wegfall, S. 133 ff;

(86) Flessner, Wegfall, S. 135 ff; Er sieht hierzu auch Ansätze bei Leser, Faktisches Synallagma, S. 32, 93 f, 135 ff, 173 ff, sowie bei Wilburg, Festschrift Graz, S. 153;

(87) vgl. Flessner, Wegfall, S. 140, 162;

(88) Flessner, Wegfall, S. 153 ff;

(89) Flessner, Wegfall, S. 159;

lung, inwieweit und unter welchen Umständen einem Minderjährigen der Bereicherungswegfall angelastet werden kann, fehlt es aber. (90) Flessner gibt lediglich den Hinweis, daß eine Einschränkung des Minderjährigenschutzes durch die Bedürfnisse des Verkehrs geprüft werden müsse. (91)

§ 3

Gruppierung der Lösungswege

Die Darstellung der bisher entwickelten Lösungsmöglichkeiten zeigt, wie vielfältig die Bestrebungen sind, den Bereicherungsausgleich bei Abwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge in den Griff zu bekommen. Auffallend ist, daß trotz der verschiedenen dogmatischen Begründungen und Ansatzpunkte häufig die gleichen Ergebnisse erzielt werden, wenn der Vertrag wegen Geschäftsunfähigkeit bzw. beschränkter Geschäftsfähigkeit nichtig ist. Unter dem Gesichtspunkt der Behandlung geschäftsunfähiger bzw. beschränkt geschäftsfähiger Vertragspartner ist auch eine Gruppierung der verschiedenen Lösungswege möglich.

Zu einer Gruppe können all die Auffassungen gezählt werden, die im Ergebnis die Zweikonditionenlehre anwenden, wenn der Vertrag gemäß §§105 ff nichtig ist. Sie verneinen jede Berücksichtigung des tatsächlichen Leistungsaustausches. Denn hierfür setzen sie eine bestimmte Bindungswirkung voraus, sei es faktischer oder rechtsgeschäftlicher Natur, durch die ein

(90) Flessner, Wegfall, S. 135 f, 141;

(91) Flessner, Wegfall, S. 141;

Geisteskranker oder Minderjähriger nicht belastet werden soll. Der Grund hierfür wird aus dem Sinn und Zweck der §§ 105 ff, der jedem Verkehrsinteresse vorgehen soll, entnommen (1) Nicht zu übersehen ist aber, daß insbesondere von v. Caemmerer und Leser, deren Lösungswege ebenfalls zu dieser Gruppe gehören, den Rückgriff auf die Zweikonditionenlehre mehr oder weniger nur als Ausweg betrachten, während das Verhältnis zwischen dem Schutz bzw. Interessen des redlichen Verkehrs andererseits in Frage gestellt bleibt. (2)

Seltener werden, allerdings mit unterschiedlichen Begründungen, gegenteilige Auffassungen vertreten. Sie bilden die zweite Gruppe.

Insbesondere hat die ältere Rechtsprechung und Lehre die Grundsätze der Saldotheorie angewandt. Damit wurden die Interessen des redlichen Verkehrs höher bewertet als der Schutz der Geisteskranken und Minder-

-
- (1) Oertmann, BGB-Komm. § 818 Anm. 3a; ders. DJZ 1915, 1963 ff; ders. JW 1918, 132; ders. DR 1919, 329; ders. JR 1931, 229 ff (233); v. Tuhr, Festschrift Bekker, S. 219 ff (307 ff); ders. Allg. Teil Bd. 2, 1. Hälfte, S. 358 f; Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 103 ff (174); Schneider JherJb. 61 (1912), 179 ff; v. Lübtow, Condictio, S. 158 ff; Blomeyer AcP 154 (1955), 527 ff (543f); Lehmann, Festschrift Nipperdey (1955), S. 31 ff; Enneccerus-Lehmann, SchR. § 227 S. 913 f; v. Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 333 ff (386); Leser, Faktisches Synallagma, S. 81 ff; Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 51 ff, 58 ff; Fikentscher, SchR. § 100 IV 3 S. 600 ff; Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 45, § 812 Anm. 48; Palandt-Thomas § 818 Anm. 6 D c; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 812 Anm. 64; Kaehler, Bereicherungsrecht, S. 209 ff (239 f);
- (2) v. Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 387; Leser, Faktisches Synallagma, S. 81 f; vgl. auch Flessner, Wegfall, S. 141;

jährigen. (3) Dieser Lösungsweg mag zwar wegen seiner geringen Anpassungsfähigkeit an die Situation des einzelnen Falls den Schutz der Geisteskranken und Minderjährigen zu weit einschränken. Wesentlich erscheint jedoch sein Ursprung. Er liegt in dem in der Praxis aufgetretenen Bedürfnis, die doch erhebliche Benachteiligung des redlich handelnden Vertragspartners bei Anwendung der Zweikonditionenlehre auszugleichen. (4) Hierin liegt auch der Grund, der Rechtsprechung und Wissenschaft immer wieder bewog, sich mit dem Fragenkomplex erneut auseinanderzusetzen, um flexiblere, den Interessen beider Parteien gerecht werdende Ergebnisse zu finden.

Wilburg unternimmt deshalb den Versuch aufgrund des Veranlassungsprinzips zu einem Ausgleich zu kommen. Ohne nähere Begründung, aber mit Bedenken hält er es auch für einen ausreichenden Zurechnungsgrund, wenn der Vertrag wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit des einen Vertragspartners nichtig ist. (5) Ähnlich ist der Vorschlag von Flessner, der den Bereicherungsausgleich als Schadensproblem auffaßt und über verschiedene Zurechnungskriterien, deren Anwendbarkeit wohl

-
- (3) RGZ 32, 319 ff; 72, 61 ff; 86, 343 ff; RG JW 1910, 283; RG JW 1918, 132; RG GruchBeitr. 55, 963; Maenner DJZ 1916, 282 ff (285); Weintraud, Saldotheorie, S. 97; Rubensohn, S. 52 ff; Descombes, S. 40 ff; Schneider JherJb. 61 (1912), 185; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, § 151 S. 932 Fußnote 7, in der 15. A. aber nicht mehr so eindeutig wie in der 14. A. S. 633 Fußnote 6; BGB-RGRK-Scheffler, 11. A. § 812 Vorbem. 24 ff; wohl auch Staudinger-Seufert, § 818 Anm. 40, 45; Erman-Seiler, § 818 Anm. 19 ff, ohne auf die Problematik einzugehen.
- (4) vgl. Weintraud, Saldotheorie, S. 105 ff; Leser, Faktisches Synallagma, S. 145 ff; Diesselhorst, Natur der Sache, S. 167 ff m.w.N.;
- (5) Wilburg, Festschrift Graz, S. 152 ff; vgl. oben § 2 Ziff. 1 S. 16 ff;

auch gegenüber Minderjährigen und Geisteskranken in gewissem Umfang möglich ist, zu einer differenzierten Verteilung des Bereicherungsverlustes kommt. (6) Müllereisert begründet die Haftung für die empfangene Gegenleistung mit einem besonderen Haftungsvertrag. Sein Zustandekommen soll in der Faktizität des Leistungsaustausches liegen und unabhängig von der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten sein. (7) Diesselhorst gelangt schließlich aufgrund einer restriktiven Auslegung des § 818 Abs. 3 zu einer Billigkeitshaftung der nicht voll Geschäftsfähigen, sofern bei ihnen nicht die Voraussetzungen einer Haftung nach § 819 vorliegen. (8)

Den anderen zu dieser Gruppe gehörenden Lösungsvorschlägen kommt gegenüber den zuletzt genannten heute weniger Bedeutung zu. Der insbesondere von Simon und Breit gemachte Vorschlag, § 829 analog anzuwenden, ist durch die umfangreiche Arbeit von Diesselhorst erheblich modifiziert worden. (9) Die in Psychiatrie und Rechtswissenschaft sehr umstrittene Institution der partiellen und der Gedanke einer zeitlich bestimmbaren Geschäftsfähigkeit bzw. -unfähigkeit

-
- (6) Flessner, Wegfall, S. 135 f; vgl. oben § 2 Ziff. 7 S. 33 ff;
 - (7) Müllereisert, Vertragslehre, S. 165; vgl. oben § 2 Ziff. 2 S. 18 ff;
 - (8) Diesselhorst, Natur der Sache, S. 176 ff; 181, 183; vgl. oben § 2 Ziff. 6 S. 29 ff; Esser, SchR Bd. 2 § 105 II S. 383;
 - (9) Simon JW 1913, 291 ff (295); Breit BA 11, 140 f; R. Leonhard BA 5, 153; ders. BA 13, 143; mit Einschränkung auch Cohn BA 16, 54; vgl. Jung RuW 1912, 434 ff;

(lucida intervalla) (10) können nur Teilaspekte bieten, da sie nur für Geisteskranke nicht aber auch für Minderjährige gelten und möglicherweise mit § 104 Ziff. 2 und 3 nicht zu vereinbaren sind. (11) Ähnliches gilt auch für die von Danz (12) vertretene Auslegung des § 105 sowie für die Befürwortung der analogen Anwendung des § 122. (13)

-
- (10) Zum Stand der Diskussion, Gebaur AcP 153 (1954), 332 ff (337 ff) m.w.N.; Beule, Stellung Geschäftsunfähiger, S. 34 m.w.N.; Larenz, Allg. Teil., § 6 I a, S. 75 m.w.N.; Oertmann, BGB-Komm. § 104 Anm. 3 f; Eisser AcP 146 (1941), 219 ff (293); Flume, Rechtsgeschäft, § 14, 4 S. 186; RG JW 1938, 1590 f; RGZ 162, 223 ff; BGHZ 18, 184 ff = LM Nr. 2 zu § 104 m. Anm. v. Johannsen; BGHZ 30, 112 ff; BGH NJW 1970, 1680; vgl. auch v. Tuhr, Allg. Teil Bd. 1 § 25 II 1, S. 408; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, § 92 II 2. S. 531 f m.w.N. in Fußnote 10;
- (11) Grundsätzlich werden heute "lucida intervalla" anerkannt. v. Tuhr, Allg. Teil Bd. 1, § 28 A II 1 c, S. 186; Larenz, Allg. Teil, § 6 I a, S. 75; BGB-RGRK-Krüger-Nieland § 104 Anm. 4; Rümelin, Geisteskranken, S. 6; Windscheid-Kipp § 71, S. 322 ff;
- (12) Danz JW 1913, 1016 ff; ders. BA 13, 252 ff; ders. JherJb. 54 (1909), 1 ff;
- (13) Kühlenbeck BA 5, 285 ff; Jung RuW 1912, 435 ff; R. Leonhard BA 5, 285 ff; Forderungen des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes referiert bei Simon JW 1913, 292 f; dagegen Max Wolff JW 1914, 120 ff; Püschel JW 1914, 564 ff; Rümelin, Geisteskranken, S. 62; vgl. auch v. Lübtow, Conductio, S. 159;

III.

Gesetzliche Grundlagen für die Abwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge nach "Wegfall der Bereicherung"

Die dargestellten Lösungswege nehmen trotz ihrer unterschiedlichen Ergebnisse alle für sich in Anspruch, mit den im BGB genannten Grundlagen übereinzustimmen. Am Anfang der Auseinandersetzung mit diesen Lösungswegen kann daher nur die Interpretation und Darlegung der Vorschriften stehen, die das BGB für die Rückabwicklung nichtiger Verträge nach "Wegfall der Bereicherung" aufgestellt hat. Sie wird eine Kritik an den bisherigen Lösungswegen darstellen und zu einem eigenen Vorschlag hinführen.

Auch wenn die nichtigen gegenseitigen Verträge den Mittelpunkt der Erörterungen bilden, wird es notwendig sein, einen Blick auf die Situation bei einseitig verpflichtenden Verträgen zu werfen.

§ 4

Die Schlüsselbestimmung des § 818 Abs. 3

1. § 818 Abs. 3 - eine Begünstigung des Bereicherungsschuldners

Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist darauf gerichtet, einen ohne Rechtsgrund erfolgten Rechts- oder Vermögenserwerb rückgängig zu machen. (1)

(1) Mugdan Bd. 2, Motive, S. 463;

Er stellt nicht primär auf die Bereicherung, sondern auf die Herausgabe des Erlangten bzw. dessen Wert ab. (2) Die nach § 818 Abs. 3 mögliche Beschränkung auf den gleitenden Betrag der noch vorhandenen Bereicherung ist demgegenüber eine ausnahmsweise Begünstigung des gutgläubigen Empfängers. (3) An der Richtigkeit dieser Auslegung, die erst in neuerer Zeit wieder stärker betont wird, lassen auch die Motive zu § 818 Abs. 3 (§ 739 E I) keinen Zweifel. An mehreren Stellen ist hierauf ausdrücklich Bezug genommen. (4) Aber selbst ohne die Hinweise des Gesetzgebers müßte man aufgrund des Verhältnisses zwischen § 818 Abs. 3 und §§ 818 Abs. 4, 819, 820 zu der gleichen Auffassung gelangen.

-
- (2) Mugdan Bd. 2, Motive, S. 463, 467; u.a. auch Wilburg, Festschrift Graz, S. 124; v.Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 368; Larenz, SchR. Bd. 2 § 70 I, II S. 434/439; Esser, SchR. Bd. 2, § 105 I S. 376; Fikentscher, SchR. § 100 I S. 594; zumindest mißverständlich ist es auch, wenn es in der Rechtsprechung immer wieder heißt, der Bereicherungsanspruch sei von vornherein in sich auf den Betrag beschränkt, der sich aus einem Vergleich des Vermögens vor und nach dem Eintritt der rechtsgrundlosen Vermögensmehrung ergibt. Vgl. RGZ 137, 336; 141, 312; 163, 360; 170, 67; BGHZ 1, 81; 9, 335;
- (3) u.a. v.Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 368; Larenz, SchR. Bd. 2, § 70 II S. 439; Esser SchR Bd. 2, § 105 II S. 379; wohl auch Fikentscher, SchR. § 100 VII, S. 602; Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 21; Staudinger-Seufert § 818 Anm. 35; BGHZ 55, 128 ff m.w.N.;
- (4) Mugdan Bd. 2, Motive, S. 467, 468, 472; Die Gesetzesverfasser sprechen immer davon, daß § 818 Abs. 3 (§ 739 E I) nur für den gutgläubigen Bereicherungsschuldner eine abweichende Regelung enthalte. Vgl. auch Nachweise in Note 3;

2. Der für die Begünstigung aus § 818 Abs. 3 erforderliche gute Glaube des Bereicherungsschuldners

Welches Vertrauen § 818 Abs. 3 von dem Bereicherungsschuldner als Voraussetzung für eine Beschränkung des Bereicherungsanspruchs auf den gleitenden Betrag der noch vorhandenen Bereicherung fordert, wird nicht ausdrücklich gesagt. Anhaltspunkte hierfür geben aber die §§ 818 Abs. 4, 819, 820, da bei dem Vorliegen ihrer Voraussetzungen die Rechtsfolge aus § 818 Abs. 3 ausgeschlossen ist. Betrachtet man die Tatbestände der §§ 818 Abs. 4, 819, 820 etwas näher, so zeigt sich trotz der im einzelnen unterschiedlichen Voraussetzungen eine Gemeinsamkeit, die darin besteht, daß der Bereicherungsschuldner, sobald eine der in §§ 818 Abs. 4, 819, 820 geregelten Situationen eintritt, nicht mehr auf die Endgültigkeit seines Erwerbs vertrauen kann. (5)

Im Falle der Rechtshängigkeit des Anspruchs auf Herausgabe der empfangenen Leistung (§ 818 Abs. 4) kann der beklagte Bereicherungsschuldner nicht mehr auf die Endgültigkeit seines Erwerbs vertrauen, da er unter diesen Umständen weiß oder wissen muß, daß er möglicherweise die Leistung und die daraus gezogenen Nutzungen nicht behalten darf.

§ 819 Abs. 1 zeigt noch deutlicher, daß die Begünstigung des § 818 Abs. 3 nicht für einen Bereicherungsschuldner gedacht ist, der nicht auf die Endgültigkeit seines Erwerbs vertrauen kann. Für die § 818 Abs. 3 ausschließende Haftung nach § 819 Abs. 1 wird

(5) vgl. v. Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 386; Larenz, SchR. Bd. 2 § 70 II, S. 439; Esser, SchR. Bd. 2, § 105 II, S. 385; Staudinger-Seufert § 818 Anm. 35; BGHZ 55, 128 ff;

nämlich gefordert, daß der Bereicherungsschuldner positiv das Fehlen des rechtlichen Grundes der empfangenen Leistung kennt (6), wobei aber keine spezifisch juristischen Kenntnisse verlangt werden. (7) Als ausreichend wird es daher angesehen, wenn der Bereicherungsschuldner die Tatsachen kennt, aus denen sich das Fehlen des Rechtsgrundes ergibt, und er deswegen das Bewußtsein hat, möglicherweise keinen Anspruch auf die empfangene Leistung zu haben. § 819 Abs. 1 wird darüberhinaus entsprechend angewendet, wenn der Bereicherungsschuldner die Anfechtbarkeit des der empfangenen Leistung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts gekannt hat, selbst wenn es zunächst noch ungewiß war, ob eine Anfechtung erfolgen wird. (8) Die analoge Anwendung des § 819 Abs. 1 beruht zwar primär auf § 142 Abs. 2, da nach dieser Vorschrift derjenige, der die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte, nach erfolgter Anfechtung genauso zu behandeln ist wie derjenige, der die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hat oder hätte kennen müssen. Bemerkenswert erscheint aber dennoch, daß auch unter diesen Voraussetzungen der Bereicherungsschuldner nicht auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung vertrauen kann, da er jederzeit mit einer Anfechtung und einer dadurch bedingten Rückgabeverpflichtung rechnen muß.

-
- (6) So die h.M. Staudinger-Seufert § 819 Anm. 3; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 819 Anm. 3; Erman-Seiler § 819 Anm. 1; Soergel-Siebert-Mühl § 819 Anm. 5 jeweils m.w.N.; RGZ 72, 152 ff (155); 79, 285 ff (287); RG WarnRspr. 1918 Nr. 224; RG HRR 1928 Nr. 1411;
- (7) Larenz, SchR. Bd. 2, § 70 IV, S. 444; Erman-Seiler § 819 Anm. 1; RGZ 93, 227 ff (230); RG WarnRspr. 1927 Nr. 91;
- (8) Erman-Seiler § 819 Anm. 2; Soergel-Siebert-Mühl § 819 Anm. 12; Staudinger-Seufert § 819 Anm. 2; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 819 Anm. 9 f; RG JW 1932, 1724 f; RGZ 151, 361 ff; a.A. RGZ 101, 389 ff;

Gleiches gilt für die §§ 819 Abs. 2 und 820. Eine nähere Darstellung dieser Bestimmungen würde daher nur zu Wiederholungen führen. Ergänzend soll lediglich noch erwähnt werden, daß in den Materialien zu § 820 ein ausdrücklicher Hinweis darauf zu finden ist, daß den Bereicherungsschuldner unter den Voraussetzungen des § 820 keine dem § 818 Abs. 3 entsprechende Haftungserleichterung treffen könne, da er ständig damit rechnen müsse, die empfangene Leistung wieder herausgeben zu müssen. (9)

Die Feststellung, daß in den gesetzlich geregelten Fällen, in denen die Begünstigung des § 818 Abs. 3 ausgeschlossen ist, der Bereicherungsschuldner nicht auf die Endgültigkeit des Erwerbs vertrauen kann, rechtfertigt den Schluß, daß für die Begünstigung aus § 818 Abs. 3 eben dieses Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs gefordert wird. Dieser Auffassung steht die Aussage in den Motiven, § 818 Abs. 3 bestimme die besondere Beschaffenheit des Kondiktionsanspruchs und der entsprechenden Verbindlichkeit des Empfängers, sofern dieser im guten Glauben auf den Bestand der 'Verbindlichkeit' empfangen hat, nicht entgegen. (10) Trotz der abweichenden Formulierung handelt es sich hierbei um eine inhaltsgleiche Aussage, da das Vertrauen auf das Behaltendürfen der empfangenen Leistung einschließlich der gezogenen Nutzung unmittelbar von dem Vertrauen auf den Bestand der zugrunde liegenden Verbindlichkeit in ihrer beabsichtigten Form abhängt.

(9) Mugdan Bd. 2, Protokolle der 2. Kommission, S. 1187;

(10) Mugdan Bd. 2, Motive, S. 467;

3. Der mit der Begünstigung des § 818 Abs. 3 verfolgte Zweck

Die bisherigen Ausführungen könnten zu der Annahme verleiten, Zweck des § 818 Abs. 3 sei es, den auf die Endgültigkeit seines Erwerbs vertrauenden Bereicherungsschuldner zu begünstigen, indem seine Bereicherungshaftung auf den gleitenden Betrag der noch vorhandenen Bereicherung beschränkt ist. Die Möglichkeit der Beschränkung des Bereicherungsanspruchs eines gutgläubigen Bereicherungsschuldners ist aber nur ein Mittel, das der Gesetzgeber eingesetzt hat, um den mit § 818 Abs. 3 verfolgten Zweck, ein bestimmtes rechts- und sozialpolitisches Ziel (11), zu erreichen. Dieses Ziel ist die Sicherung einer bestimmten Vermögensposition des gutgläubigen Bereicherungsschuldners unter Anerkennung der bereits erfolgten Verfügungen bzw. wirtschaftlichen Entscheidungen hinsichtlich der empfangenen Leistung, selbst wenn diese zu einem Verlust geführt haben. Daß auch die Gesetzesverfasser von dieser Vorstellung ausgegangen sind, ergibt sich insbesondere aus einer Bemerkung in den Materialien zu § 818 Abs. 3, in der es heißt, daß der Bereicherungsanspruch nicht weiter gehen dürfe als die Billigkeit dies erfordere, damit der gutgläubige Bereicherungsschuldner vor einem den Wert des Erwerbs übersteigenden Schaden bewahrt werden könne. (12) Über dem Zweck des § 818 Abs. 3 steht allerdings der Gedanke, daß ein Gutgläubiger von der Rechtsordnung in besonderer Weise geschützt werden muß, ein Prinzip, das von dem Gesetzgeber generell auch in anderen Bereichen des BGB berücksichtigt

(11) vgl. Ernst Wolf, Allg. Teil, S. 53 f;

(12) Mugdan Bd. 2, Protokolle der 2. Kommission, S. 1184;

wurde. (13) Im Rahmen des Bereicherungsrechts findet dieses Prinzip in § 818 Abs. 3 seine konkrete Ausgestaltung.

4. Die durch § 818 Abs. 3 gesicherte Vermögensposition

Für die durch § 818 Abs. 3 gesicherte Vermögensposition ist ausschlaggebend, daß der auf die Endgültigkeit des Erwerbs vertrauende Kondiktions-schuldner ein von der Wirklichkeit abweichendes Vorstellungsbild über den Umfang seines Vermögens hat. Im Zeitpunkt der Entstehung des Vertrauens auf die Endgültigkeit des Erwerbs vertraut er darauf, daß zu seinem Vermögen der Wert des Erwerbs gehört. Geht die empfangene Leistung einschließlich der daraus gezogenen Nutzungen vollständig und ersatzlos unter, so glaubt er, daß dieser Verlust, gleichgültig auf welchen Umständen er beruht, allein den Bestand seines Vermögens trifft, wie er sich bei Gültigkeit der empfangenen Leistung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts dargestellt haben würde. Er rechnet also nicht mit einem weitergehenden Schaden, d.h. er vertraut nunmehr darauf, daß der Umfang seines ihm verbleibenden Vermögens dem Differenzbetrag aus vorgestelltem Vermögensumfang abzüglich des durch den ersatzlosen Untergang eingetretenen Verlusts entspricht. § 818 Abs. 3 will nun verhindern, daß ein

(13) vgl. z.B. im Bereich des BGB: §§ 116 Abs. 2; 118; 119; 122 Abs. 2; 123 Abs. 2; 132 Abs. 2; 149; 161 Abs. 3; 169; 179 Abs. 3; 231; 307 Abs. 1; 372 S. 2; 406; 407; 439; 460; 533; 539; 545 Abs. 1; 560 S. 1; 573 S. 2; 574; 640 Abs. 2; 665; 674 Abs. 2; 694; 764 S. 2; 779; 892; 893; 932 ff; 957; 1032; 1207; 1208; 1244 Abs. 3; 2113 Abs. 3; 2211 Abs. 2; 2366; 2367; 2370;

Bereicherungsanspruch diesen letzten, vom Vertrauen umfaßten Vermögensbestand mindert. Müßte der Leistungsempfänger die untergegangene Leistung ersetzen, so würde sein Vermögen trotz entgegenstehenden Vertrauens infolge des ersatzlosen Untergangs der Leistung praktisch doppelt getroffen, was aber gerade verhindert werden soll. (14)

Die geschilderte Situation verdeutlicht die beiden Gedanken, von denen sich der Gesetzgeber leiten ließ. Zum einen wird erkennbar, daß durch § 818 Abs. 3 alle Entscheidungen respektiert werden sollen, die der Bereicherungsschuldner im Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs über diesen getroffen hat, selbst wenn sie zu Verlusten geführt haben (15), zum anderen, daß der von dem Vertrauen umfaßte Vermögensbestand geschützt werden soll.

Der Schutz des vom Vertrauen umfaßten Vermögens wird jedoch in § 818 Abs. 3 nicht ohne jede Einschränkung gewährleistet. Ist z.B. die empfangene Leistung einschließlich der Nutzungen zumindest wertmäßig im Vermögen des gutgläubigen Kondiktionsschuldners ganz oder teilweise noch vorhanden, so bleibt dieser, selbst wenn er auf den Umfang des um den rechtsgrundlosen Erwerb vermehrten Vermögens vertraut hat, insoweit zur Herausgabe verpflichtet. Diese Beschränkung des Vertrauensschutzes hinsichtlich des Vermögensbestandes ist Ausdruck einer Wertentscheidung des Gesetzgebers. Er hatte zwischen dem Interesse des Kondiktionsgläubigers und dem des Kondiktionsschuldners abzuwägen.

(14) Mugdan Bd. 2, Protokolle der 2. Kommission, S. 1184;

(15) vgl. hierzu Kaehler, Bereicherungsrecht, S. 193 ff;

Das Interesse des Kondiktionsgläubigers geht dahin, keine Vermögensnachteile aufgrund des rechtsgrundlosen Erwerbs eines anderen zu erleiden. Demgegenüber ist es das Interesse des Kondiktionsschuldners, das Vermögen, auf dessen Bestand er vertraut, zu erhalten. Aus § 818 Abs. 3 ergibt sich nun, daß das Interesse des Kondiktionsgläubigers nur dann dem des Schuldners unterzuordnen ist, wenn der Kondiktionsanspruch das Vermögen, auf dessen Bestand der Schuldner infolge des Erwerbs vertraute, um mehr als die erworbene Sache einschließlich der Nutzungen bzw. deren Wert mindern würde. (16)

Über den Umfang der durch § 818 Abs. 3 gesicherten Vermögensposition des gutgläubigen Bereicherungsschuldners läßt sich zusammenfassend daher folgendes sagen:

Durch den Kondiktionsanspruch soll der Umfang des Vermögens des Schuldners, auf den dieser im Zeitpunkt der Entstehung des Vertrauens auf die Endgültigkeit des Erwerbs vertraut hat, um nicht mehr als den Wert des rechtsgrundlosen Erwerbs gemindert werden. Durch § 818 Abs. 3 soll dem gutgläubigen Bereicherungsschuldner somit ein Mindestvermögen in Höhe des Differenzbetrags erhalten werden, der sich aus dem vorgestellten Vermögensumfang abzüglich des durch den ersatzlosen Untergang der empfangenen Leistung eingetretenen Verlusts ergibt.

(16) Diese Entscheidung des Gesetzgebers erscheint auch billig. Wie den Materialien (Mugdan Bd. 2, Protokolle der 2. Kommission, S. 183 ff) zu entnehmen ist, ist das Rückforderungsrecht des Kondiktionsgläubigers eine Begünstigung desselben. Insbesondere gilt das für die Leistungskondition, da der Leistende willentlich geleistet hat und gerade nicht mit der Wiedererlangung der erbrachten Leistung rechnet. Unterstrichen wird dieser Gedanke durch § 814, nach dem ein Rückforderungsanspruch ausgeschlossen ist, wenn in Kenntnis einer nicht bestehenden Verbindlichkeit geleistet wurde.

Mit dieser Feststellung wird aber keineswegs gesagt, daß der durch § 818 Abs. 3 gesicherte Vermögensumfang identisch sein muß mit dem Umfang, den das Vermögen des Schuldners gehabt hätte, wenn es nicht zu einem rechtgrundlosen Erwerb gekommen wäre. Eine Identität zwischen dem durch § 818 Abs. 3 gesicherten Vermögensumfang und dem, der vor Eintritt des rechtsgrundlosen Erwerbs bestanden hat, ist vielmehr nur in einer Situation denkbar. Sie ist gegeben, wenn das Vermögen, auf dessen Bestand der Bereicherungsschuldner im Zeitpunkt der Entstehung des Vertrauens auf die Endgültigkeit des Erwerbs vertraut, den ursprünglichen um den Wert des Erwerbs vermehrten Umfang gehabt hat. (16a) Der von dem Vertrauen des Bereicherungsschuldner umfaßte Vermögensbestand kann u.U. aber auch einen geringeren Umfang haben. In diesen Fällen ist dann auch das durch § 818 Abs. 3 gesicherte Mindestvermögen, der Differenzbetrag aus vorgestelltem Vermögen abzüglich des durch den ersatzlosen Untergang des Erwerbs eingetretenen Verlusts, geringer als das ursprüngliche, vor Eintritt des rechtsgrundlosen Erwerbs vorhandene Vermögen des Bereicherungsschuldners.

-
- (16a) Ein Beispiel hierfür sind einseitig verpflichtende Verträge. Erhält der gutgläubige A aufgrund eines nichtigen Schenkungsvertrages von B eine Uhr, so glaubt er, daß sich sein ursprüngliches Vermögen um die Uhr bzw. deren Wert vermehrt hat. Geht daraufhin bei A die Uhr ersatzlos unter, so hat das Vermögen des A wieder den ursprünglichen Umfang und A vertraut darauf, daß sein Vermögen keine weitere Verminderung erfährt, die im Zusammenhang mit der geschenkten Uhr steht.

Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu der hergebrachten und besonders in der Zweikonditionenlehre zum Ausdruck kommenden Auffassung, nach der durch § 818 Abs. 3 dem Konditionsschuldner das Vermögen erhalten bleiben soll, das er ohne den erfolgten rechtsgrundlosen Erwerb gehabt hätte. (17) Die Saldotheorie hingegen geht, sofern sie eine Saldierung zuläßt, ebenfalls davon aus, daß durch § 818 Abs. 3 dem Konditionsschuldner nicht das Vermögen in dem Umfang erhalten bleiben muß, den es vor dem rechtsgrundlosen Erwerb gehabt hat, da im Falle einer Saldierung der Bereicherungsschuldner die Gefahr für den Verlust der empfangenen Leistung zu tragen hat. Gleiches gilt von den die Saldotheorie weiterführenden Lösungsvorschlägen. Lediglich die Begründungen sind in einzelnen Beziehungen abweichend. (18)

(17) Die Verbindung zur Zweikonditionenlehre war aufzuzeigen, da diese auch heute noch in weitem Umfang bei bestimmten Fallgruppen angewendet wird, z.B. nach Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, bei Nichtigkeit des Vertrags wegen Geschäftsunfähigkeit bzw. beschränkter Geschäftsfähigkeit, bei Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit, vgl. oben §§ 1 und 2 S. 5 ff;

(18) vgl. hierzu die Darstellungen oben §§ 1 bis 3 S. 5 ff;

§ 5

Die Entstehung des Vertrauens auf die Endgültigkeit des Erwerbs - Zeitpunkt und Umfang des vom Vertrauen umfaßten Vermögens

1. Der Gute Glaube - eine Entwicklungsstufe des Bewußtseins (1)

Der gute Glaube bzw. das rechtlich bedeutsame Vertrauen ist, wie schon erwähnt, ein von der Rechtslage abweichendes Vorstellungsbild. (2) Jeder Mensch, der Geschehnisse seiner Umwelt wahrnimmt, verarbeitet

-
- (1) Aus psychologischer Sicht ist das Bewußtsein die Gesamtheit der Zustände und Vorgänge des menschlichen "Erlebens" der äußeren Umwelt und des Selbst. Gewöhnlich werden drei Ebenen des Bewußtseins unterschieden:
1. die direkte und vorreflektierte Gegenwärtigkeit der Welt, d.h. das rezeptive, bloße Aufnehmen von Wahrnehmungsinhalten;
 2. darauf aufbauend die reflektierte Wahrnehmung der Welt und der eigenen Gegenwärtigkeit zu ihr, wobei der Inhalt, das Subjekt und der Akt der Wahrnehmung differenziert erlebt werden;
 3. das theoretische Deuten des Erlebten, indem z.B. über das Verhältnis von Wahrnehmungssubjekt und wahrgenommenem Objekt und von einzelnen Wahrnehmungsakten zueinander, über die Beziehung von bereits Wahrgenommenem und gerade "Erlebtem", über die Richtung und Intentionen der Wahrnehmung sowie über die Strukturen der psychischen und physischen Zustände und Prozesse reflektiert wird, wie sie der Mensch bei Wahrnehmungsakten an sich selbst und in sich selbst beobachten zu können glaubt. Vgl. Wörterbuch der Soziologie von Günter Hartfiel unter dem Stichwort: Bewußtsein.
- (2) Vgl. oben § 5 Ziff. 1 Note 1; Bei dem Vorstellungsbild handelt es sich um den Bewußtseinsinhalt.

und bewertet sie. Hierdurch gewinnt er u.a. ganz bestimmte subjektive Vorstellungen über die Bedeutung dessen, was geschehen ist. Je umfangreicher seine Kenntnisse über die Fakten und Umstände eines Ereignisses sind, desto abgerundeter und genauer wird sein Vorstellungsbild. Fehlt ihm dagegen die Kenntnis einzelner Tatsachen oder Umstände, so kann sich nur ein verzerrtes, unvollständiges Bild über die Geschehnisse entwickeln. (3)

Dieser Erkenntnis über die Bewußtseinsbildung will das BGB Rechnung tragen, wenn es an den verschiedensten Stellen, den Umfang der Haftung von dem guten Glauben bzw. Vertrauen oder Bösgläubigkeit des Verpflichteten abhängig macht. (4) So wird derjenige als

-
- (3) Vgl. Eichler, Rechtslehre, S. 4 ff; Boehmer, Einführung, § 30 S. 310 Fußnote 2; § 34 S. 334 Fußnote 18;
- (4) vgl. oben § 4 Ziff. 3 S. 46 Note 13; Im wesentlichen sind drei Gruppen des Vertrauensschutzes im BGB, auf die Boehmer, Einführung § 30 S. 311 hingewiesen hat, zu unterscheiden:
1. der gute Glaube an den sog. Rechtsschein, d.h. das Vertrauen auf äußere, sichtbare Tatbestände, die den Schluß auf eine bestimmte, durch sie beglaubigte Rechtslage rechtfertigen (z.B. Besitz, Grundbuch, öffentliche Register, Erbschein);
 2. das Vertrauen auf die Fortdauer der bisherigen Rechtslage, das Schutz verdient, wenn für die Beteiligten kein Anlaß besteht, von einer Änderung Kenntnis zu haben;
 3. der allgemeine Schutz des Vertrauens auf den erkennbaren Sinn einer Willenserklärung;

bösgläubig bezeichnet, der Kenntnis von den Umständen hat, die bei ihm aufgrund einer persönlichen Wertung in der Laiensphäre der Rechtslage entsprechende Vorstellungen entstehen lassen. (5) Dem Gutgläubigen hingegen fehlen die für eine derartige Bewertung erforderlichen Kenntnisse, so daß er auf eine unrichtige Rechtslage vertrauen muß.

Dieser allgemein gehaltenen Aussage steht nicht entgegen, daß das Gesetz in einzelnen Fällen unterschiedliche Anforderungen an die Sorgfalt stellt, die zu erbringen ist, um die zur zutreffenden Beurteilung notwendigen Kenntnisse zu erlangen. Hierbei handelt es sich lediglich um eine situationsbedingte Modifikation, die der Gesetzgeber für erforderlich hielt, um einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen herbeiführen zu können. (6)

Je nachdem, worauf das Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs im Einzelfall zurückzuführen ist, wird man § 818 Abs. 3 einer der beiden letzten Gruppen zurechnen müssen. Vgl. außerdem Frotz, Verkehrsschutz, S. 50 ff, insbesondere S. 463 ff; Er betrachtet allerdings das Problem mehr aus der Sicht desjenigen, zu Lasten dessen sich der Schutz des Gutgläubigen auswirkt und kommt zu dem Ergebnis, daß dieser die Nachteile u.a. aus sozialer Verantwortung für mißverständliches Verhalten im Rechtsgeschäftsverkehr tragen muß.

- (5) Staudinger-Seufert § 819 Anm. 2; RGZ 93, 230 und im Zusammenhang mit der Darstellung der Voraussetzungen zu § 819 Larenz, SchR. Bd. 2, § 70 IV S. 444; Die persönliche Wertung in der Laiensphäre entspricht der oben § 5 Ziff. 1 Note 1 S. 51 angeführten dritten Ebene des Bewußtseins.
- (6) Das Gesetz sanktioniert in diesen Fällen den Mangel der Sorgfalt im Rahmen der Bewußtseinsbildung, indem ein bestimmtes Bewußtsein, hier das der wahren Rechtslage entsprechende (die Bösgläubigkeit) fiktiv angenommen wird. Vgl. z.B. § 818 Abs. 4, der mit Eintritt der Rechtshängigkeit die Bösgläubigkeit unterstellt, selbst wenn der Betreffende bewußtseinsmäßig nicht erfaßt hat, daß er die empfangene Leistung möglicherweise wieder herausgeben muß.

2. Entstehung des Vertrauens bei einem gegenseitigen Vertrag

a. Bei bewußtseinsmäßiger Erfassung des Austauschverhältnisses

Die eben erwähnten allgemeinen Grundsätze ermöglichen es, die Entstehung des Vertrauens auf die Endgültigkeit des Erwerbs bei einem Leistungsempfänger, der Partei eines nichtigen gegenseitigen Vertrags ist, im einzelnen darzustellen. Ein Beispielsfall soll zur Veranschaulichung dienen.

Übergibt A aufgrund eines nichtigen Tauschvertrags dem B, der wie A dessen Nichtigkeit nicht kennt, ein Tonbandgerät, so vertraut er in der Regel nicht allein schon infolge des Empfangs der Leistung auf die Endgültigkeit des Erwerbs. In dem Bewußtsein des B existiert, sofern er die tatsächlichen Vorgänge des Vertragsschlusses realisiert hat, das Vorstellungsbild eines **w i r k s a m e n** Vertrags. Hierzu gehört regelmäßig auch das Bewußtsein, daß Leistung und Gegenleistung in einem Abhängigkeitsverhältnis, dem do-ut-des-Verhältnis stehen. Hat der Leistungsempfänger B dies infolge der vorausgegangenen Vertragsverhandlungen, auch wenn sie zu keiner Bindung führen konnten, verstandesgemäß erfaßt, so weiß er, daß die Leistungen bei einem Tausch voneinander abhängig sind und er nur deshalb etwas erhält oder erhalten hat, weil er seinerseits etwas anderes zu leisten versprochen hat.

Besteht nun bei B dieses durch den Synallagma-Gedanken geprägte Bewußtsein, so kann er nur davon ausgehen, daß er das Tonbandgerät erst endgültig behalten darf,

wenn er auch seinerseits die Leistung erbracht hat.

(7) Keinen Unterschied macht es dabei, ob dem Vertrag von vornherein die Wirksamkeit gefehlt hat oder ob er zunächst wirksam war und erst durch ein später liegendes Ereignis mit ex tunc oder ex nunc Wirkung vernichtet wurde.

Bei einem wirksamen Vertrag muß B, wenn er nicht mehr leisten will oder kann, die von ihm versprochene Gegenleistung also ausbleibt, damit rechnen, daß A das bereits Geleistete zurückverlangt. Denn im Falle der Nichtleistung oder des Unvermögens bzw. der Unmöglichkeit der Gegenleistung stünden dem vorleistenden A die Rechte aus §§ 323 ff zu, die bei Leistungsstörungen im synallagmatischen Verhältnis u.a. zur Rückforderung der erbrachten Leistung berechtigen.(8) (9)

-
- (7) Die h.L. nimmt das Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs schon im Zeitpunkt des Empfangs der Leistung an, gleichgültig, ob die Gegenleistung erbracht wurde oder nicht. Das ergibt sich insbesondere daraus, daß § 818 Abs. 3 ohne Berücksichtigung der eingesetzten Gegenleistung angewendet wird, wenn nur einseitig erfüllt war (vgl. für alle Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm.42, 43 m.w.N.). Kritisch jedoch Flume, Festschrift Niedermeyer, § 164 ff; Diesselhorst, Natur der Sache, S. 58 ff; Ihrer Auffassung nach wird man dem Gedanken des Gutglaubensschutzes nur gerecht, wenn man die eingesetzte Gegenleistung, auch wenn sie noch nicht erbracht ist, berücksichtigt. Ihre Überlegungen tangieren allerdings aber nicht die Frage der Entstehung des guten Glaubens bzw. Vertrauens. Ähnlich auch Ordemann, S. 161 ff;
- (8) Die Situation ist in etwa vergleichbar mit dem Fall, in dem dem Empfänger bekannt ist, der Empfang werde mit Eintritt eines gewissen Ereignisses rechtsungültig werden (vgl. Staudinger-Seufert § 819 Anm. 2; OLG Königsberg JW 1919, 517 f). So hat das OLG Königsberg einen guten Glauben i.S.d. § 818 Abs. 3 verneint, wenn dem Empfänger bekannt war, daß die von ihm empfangenen Leistungen mit dem Eintritt eines gewissen Ereignisses rechtsgrundlos werden, z.B. mit der Verweigerung einer bei Leistungsempfang als notwendig vorausgesetzten Genehmigung einer der-

Die gleiche Bewußtseinslage bzgl. der Endgültigkeit der empfangenen Leistung besteht aber bei B als Vorleistungsempfänger auch dann, wenn die schuldrechtliche Vereinbarung nichtig ist und er die Nichtigkeit nicht kennt. Sie ist gerade eine Folge des Nichtkennens der Nichtigkeit. Obwohl die zu dieser Bewußtseinslage führenden Gründe nicht der wahren Rechtslage entsprechen, ist dieses Bewußtsein Wirklichkeit und deswegen allein die Basis für die Entstehung des Vertrauens auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung. (10)

zeit funktionsunfähigen städtischen Körperschaft. Das OLG führte hierzu u.a. aus: "Was § 819 BGB für den Fall der Kenntniss des Empfängers vom Mangel des rechtlichen Grundes vorschreibt, muß wegen Gleichheit des Rechtsgrundes, in entsprechender Anwendung dieser Bestimmung auch dann gelten, wenn dem Empfänger bekannt ist, der Empfang werde mit dem Eintritt eines gewissen Ereignisses rechtsungültig werden." (JW 1919, 517/518) Eine Parallele besteht auch in den Fällen, in denen der Empfänger die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts kennt (vgl. Erman-Seiler § 819 Anm. 2 m.w.N.; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 819 Anm. 9; Soergel-Siebert-Mühl § 819 Anm. 12; Staudinger-Seufert § 819 Anm. 2 m.w.N.; RG JW 1932, 1724 f; RGZ 151, 361 f; a.A. RGZ 101, 389 ff); Auch hier wird von dem Fehlen des Vertrauens auf die Endgültigkeit des Erwerbs ausgegangen, obwohl bis zur Anfechtung ein Rechtsgrund für die empfangene Leistung besteht. Durch § 142 Abs. 2 wird dieser Gedanke gestützt. Zum Teil wird der Eintritt der verschärften Haftung aber davon abhängig gemacht, daß die Anfechtung demnächst tatsächlich erfolgt. Damit soll wohl zum Ausdruck gebracht werden, daß ein Vertrauen auf den Bestand des Erwerbs eintreten kann, wenn mit der Ausübung des Anfechtungsrechts nicht mehr zu rechnen ist.

- (9) Es wird nicht verkannt, daß in §§ 323 ff bei Leistungsstörungen im Rahmen gegenseitiger Verträge auch andere Rechte zur Verfügung stehen. Ihnen allen liegt jedoch der gleiche Gedanke zugrunde, daß eine Leistung nicht behalten werden darf, ohne daß die Gegenleistung oder ein entsprechender Ersatz erbracht wird. Selbst wenn es bei einer Leistungsverweigerung zu einer Verurteilung auf Leistung mit der Folge der Zwangsvollstreckung kommt, ist das ein Ausdruck dieses Gedankens.

Selbstverständlich kommt es im einzelnen nicht auf juristische Kenntnisse an. (11) Entscheidend ist vielmehr die Vorstellung, daß die empfangene Leistung nicht behalten werden darf, wenn die dafür versprochene nicht erbracht wird. Dieses Bewußtsein zu haben ist durchaus nichts Ungewöhnliches. Es entspricht einer allgemeinen Lebenserfahrung, die in der Regel auch schon bei Kindern zu finden ist. Zudem erfordert die Fähigkeit, ein Austauschverhältnis als solches zu begreifen, nicht zugleich auch die Fähigkeit zur richtigen und sicheren Einordnung des sonstigen Vertragsinhalts sowie der einzelnen Vertragstypen. Entsprechend dem durch das do-ut-des-Prinzip geprägten Bewußtsein gehört zu dem Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs auch die subjektive Überzeugung des Kondiktionsschuldners B, daß die von ihm erbrachte Gegenleistung Endgültigkeit besitzt. Würde B z.B., daß er die von ihm erbrachte Leistung zurückfordern könnte, so müßte er für den Fall der Ausübung des Rückforderungsrechts damit rechnen, auch die empfangene Leistung wieder herausgeben zu müssen. Die Kenntnis vom Austauschverhältnis umfaßt nämlich zugleich das Bewußtsein, daß ein einseitiger Rücktausch nicht möglich ist. (12)

-
- (10) Ebenso wird man demjenigen Leistungsempfänger, der einen Anfechtungsgrund kennt, nicht aber die Nichtigkeit des Vertrags z.B. wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134), nicht bis zum Erlangen der Kenntnis von dem vornherein fehlenden Rechtsgrund als gutgläubig behandeln können.
- (11) Vgl. oben § 4 Ziff. 2 S. 43 Note 7;
- (12) Dem Grunde nach gelten diese Überlegungen auch für einen Darlehensvertrag. Zu berücksichtigen ist hierbei aber, daß nur die wirtschaftliche Nutzung der Darlehnssumme und die Zinsleistungspflicht in einem echten synallagmatischen Verhältnis stehen. Ein Vertrauen auf das endgültige Behaltendürfen der Darlehnssumme ist bei bewußtseinsmäßiger Erfassung der Bedeutung eines Darlehens in jedem Fall ausgeschlossen. Vgl. BGH WM 1969, 857 f;

Die Feststellung, daß das Vertrauen auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung, sofern das Bewußtsein des Empfängers durch den Synallagma-Gedanken geprägt ist, erst mit der Erbringung der Gegenleistung entstehen kann, wirkt sich zudem auf den vom Vertrauen umfaßten Vermögensumfang und damit auch auf den tatsächlichen Umfang des durch § 818 Abs. 3 gesicherten Mindestvermögens aus. (13) Der gutgläubige Vertragspartner eines gegenseitigen Vertrags ist nämlich unter den gegebenen Umständen im Zeitpunkt der Entstehung des Vertrauens auf die Endgültigkeit des Erwerbs der subjektiven Überzeugung, daß sein Vermögen nun um die empfangene Leistung vermehrt und um die weggegebene vermindert ist. Das heißt, er vertraut darauf, daß sein Vermögen nunmehr den ursprünglichen, den vor dem Leistungsaustausch bestehenden und nur in Höhe der Differenz aus Leistung und Gegenleistung positiv oder negativ veränderten Umfang hat. Der tatsächliche Umfang des durch § 818 Abs. 3 gesicherten Mindestvermögens entspricht dann dem Differenzbetrag aus diesem vom Vertrauen des Empfängers umfaßten Vermögens abzüglich des Werts der empfangenen Leistung. (14)

- b. Bei fehlender bewußtseinsmäßiger Realisierung des Austauschverhältnisses

Die bisherigen Überlegungen treffen nicht zu, wenn der Empfänger der Leistung, was nur selten eintreten

(13) vgl. hierzu oben § 4 Ziff. 3 und 4 S. 45 ff;
(14) vgl. oben § 4 Ziff. 4 S. 46 ff;

wird, das Austauschverhältnis bewußtseinsmäßig nicht realisiert hat oder realisieren konnte. Das Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs entsteht dann schon mit dem Empfang der Leistung. (15) Unter diesen Umständen geht nämlich der Empfänger davon aus, daß das Behaltendürfen von keiner weiteren Voraussetzung abhängt. Das im Zeitpunkt der Entstehung des Vertrauens auf die Endgültigkeit des Erwerbs von diesem Vertrauen umfaßte Vermögen entspricht daher dem durch die empfangene Leistung vermehrten ursprünglichen Vermögen. (16) Leistet der Empfänger den als Gegenleistung versprochenen Gegenstand dennoch, so ist dies für ihn ein von dem geplanten Austauschverhältnis völlig unabhängiger Vorgang, der nicht anders zu bewerten ist, als eine Leistung bei einem einseitig verpflichtenden Vertrag.

Zwei weitere Fallgestaltungen müssen in diesem Zusammenhang noch erwähnt werden. So ist es z.B. denkbar, daß der Leistungsempfänger erst nach Vollziehung das Austauschverhältnis verstandesgemäß erfaßt. Sein Vertrauen und das von ihm umfaßte Vermögen ist dann von diesem Zeitpunkt an genauso zu beurteilen, wie bei demjenigen, der von Anfang an die Bedeutung des Austauschverhältnisses erfaßt hatte. Ferner kann die Situation eintreten, daß der Empfänger erst nach Leistungsempfang, aber vor Weggabe der eigenen Leistung ein dem Austauschverhältnis entsprechendes Bewußtsein erlangt. Hierdurch wird das zunächst eingetretene

(15) Etwas anderes gilt natürlich, sofern aus anderen Gründen (z.B. § 819) die Entstehung eines entsprechenden Vertrauens ausgeschlossen ist.

(16) Hinsichtlich des tatsächlichen, durch § 818 Abs. 3 gesicherten Mindestvermögens, vgl. oben § 4 Ziff. 3 und 4 S. 45 ff und § 5 Ziff. 2 a S. 53 ff;

Vertrauen zerstört. Das Wiedererlangen des Vertrauens hängt nun von der Erbringung der Gegenleistung ab. (17)

3. Die Entstehung des Vertrauens bei einem einseitig verpflichtenden Vertrag

Der Weg zur Entstehung des Vertrauens auf die Endgültigkeit der Leistung bzw. des Erwerbs ist bei einem einseitig verpflichtenden Vertrag in der Regel kürzer als bei einem gegenseitigen Vertrag.

Übergibt A dem B aufgrund eines Schenkungsvertrags, dessen Nichtigkeit unbekannt ist, ein Tonbandgerät, so ist nach den Vorstellungen des B mit der Übergabe der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt. Für ihn besteht dann kein Anlaß mehr, nicht darauf zu vertrauen, daß er die empfangene Leistung endgültig behalten darf. Das für die Anwendbarkeit des § 818 Abs. 3 notwendige Vertrauen bildet sich bei einem einseitig verpflichtenden Vertrag - anders als es die Regel bei einem gegenseitigen Vertrag ist - ohne jede Einschränkung schon im Zeitpunkt des Empfangs der Leistung. Die Situation entspricht im Übrigen auch der, die bei einem gegenseitigen Vertrag besteht, wenn von dem Bereicherungsschuldner das Austauschverhältnis bewußtseinsmäßig nicht realisiert wurde. (18) Der Empfänger B geht somit im Zeitpunkt der Entstehung des Vertrauens auf die Endgültigkeit der Leistung davon aus, daß sich sein ursprüngliches Vermögen um den Wert der empfangenen Leistung vermehrt hat. (19)

(17) Vgl. oben § 5 Ziff. 2 a, S. 54 ff; Welche Besonderheiten in diesem Fall hinsichtlich des Umfangs der Bereicherungshaftung eintreten können, wird noch erörtert werden.

(18) Vgl. oben § 5 Ziff. 2b, S. 58 ff;

(19) Das gilt z.B. auch im Rahmen eines Leihvertrags. Hier vertraut der Empfänger der geliehenden Sache nicht auf die Endgültigkeit des Erwerbs derselben, wohl aber auf die Endgültigkeit des Nutzungsrechts, das der eigentliche Gegenstand des Vertrags war.

4. Die Entstehung des Vertrauens bei rechtsgrundlosen Leistungen anderer Art

Abschließend soll noch eine letzte Fallgruppe erwähnt werden, auf die insbesondere Flume und Leser hingewiesen haben. (20) Hierzu gehören, abgesehen von allen einseitigen irrtümlichen Leistungen, vor allem die Fälle, in denen die nicht geschuldete Leistung zwar aus Anlaß eines gegenseitigen Vertrags erfolgt ist, aber der Erwerb nicht in einem Zusammenhang mit einer von dem Empfänger zu erbringenden Gegenleistung steht. Zu denken ist dabei an die irrtümliche Auszahlung eines Lotteriegewinns oder an die irrtümliche Auszahlung zu hoher Ruhegehalts- bzw. Unterhaltsbezüge.

Hier entsteht das Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs, wenn die Rechtsgrundlosigkeit nicht bekannt ist, wie bei einem einseitig verpflichtenden Vertrag im Zeitpunkt des Empfangs. Der Empfänger geht nämlich davon aus, daß ihm diese Leistung aufgrund eines früheren, schon abgeschlossenen Sachverhalts zusteht, z.B. dem Kaufvertrag über das Lotterielos oder einem früheren Arbeitsverhältnis. In seinen Vorstellungen hängt das Behaltendürfen also nicht mehr von der Erbringung einer Gegenleistung ab. Auch fehlt es tatsächlich an einem Austauschverhältnis. (21)

5. Zusammenfassung

§ 818 Abs. 3 stellt eine Begünstigung des Empfängers dar, der auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung bzgl. des Erwerbs vertraut. Infolge dieses Ver-

(20) Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 157 f; Leser, Faktisches Synallagma, S. 58;

(21) vgl. Note 20;

trauens hat er ein von der Wirklichkeit abweichendes Vorstellungsbild über den Umfang seines Vermögens. Es ist geprägt durch die bewußtseinsmäßige Verarbeitung der Vorgänge, die zu der Vermögensverschiebung geführt haben. Daher ist es individuell verschieden und abhängig von dem Inhalt des vermeintlich wirksamen Rechtsgrundes der Leistung, der geplanten aber rechtswirksam nicht zu verwirklichenden Veränderung des eigenen Vermögens. Dieses von der Wirklichkeit abweichende, individuell verschiedene Vorstellungsbild über den Umfang des tatsächlich vorhandenen Vermögens beeinflusst den Umfang der durch § 818 Abs. 3 gesicherten Vermögensposition, da hierfür der Differenzbetrag aus vorgestelltem Vermögen abzüglich des Werts der rechtsgrundlos empfangenen Leistung maßgebend ist.

§ 6

Die Grundzüge des Bereicherungsausgleichs unter Berücksichtigung der dargelegten Auslegung des § 818 Abs. 3

1. Der Kern des Interessenkonflikts bei der bereicherungsrechtlichen Abwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge - ein in der gesetzlichen Regelung liegender Widerspruch

Die Feststellung, daß die Entstehung des für § 818 Abs. 3 erforderlichen guten Glaubens je nach Bewußtsein der am Vertrag beteiligten Personen unterschiedliche Voraussetzungen hat, läßt es zu, den Kern der bei Abwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge als unbillig empfundenen Ergebnisse zu zeichnen.

Am Anfang der Überlegungen soll die Situation stehen, die dem Bereicherungsanspruch bei einem gegenseitigen Vertrag im Regelfall zugrunde liegt.

Bei einem nichtigen Tauschvertrag zwischen A und B, - um bei diesem Beispiel eines gegenseitigen Vertrags

zu bleiben, - ist nach Austausch der Leistungen jede der am Vertrag beteiligten Partei zugleich Schuldnerin und Gläubigerin der anderen. Diese Doppelstellung ergibt sich folgerichtig aus § 812, da der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung primär auf die Herausgabe des ohne Rechtsgrund Erlangten abstellt. (1) Das bedeutet für den erwähnten Beispielsfall, daß B die von ihm erbrachte Leistung oder deren Wert grundsätzlich wieder zurückfordern kann (2), selbst wenn die von ihm erlangte Leistung im Zeitpunkt des Vertrauens auf ihren endgültigen Bestand untergegangen ist und er deswegen - jedenfalls nach dem Wortlaut des § 818 Abs. 3 - seinerseits von einer Herausgabe- bzw. Ersatzpflicht aus ungerechtfertigter Bereicherung befreit ist.

Dieses Ergebnis entspricht dem der Zweikonditionenlehre und wird allgemein als unbillig empfunden. (3) Hintergrund der Unbilligkeit ist nach der hier vertretenen Auffassung der folgende Widerspruch, der in der gesetzlichen Regelung seinen Ursprung hat.

Hat nämlich B das für § 818 Abs. 3 erforderliche Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs erst mit Er-

(1) Mugdan Bd. 2, Motive, S. 463;

(2) Inwiefern die Gegenleistung berücksichtigt werden muß, ist eine weitere Frage. Die Auffassung, daß grundsätzlich von zwei Bereicherungsansprüchen auszugehen ist, auch wenn diese in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis stehen, ist im Anschluß an die Lehre vom faktischen Synallagma (vgl. oben § 2 Ziff. 4, S. 22 ff) wieder im Vordringen. Ein Weg in dieser Richtung ist auch die Begründung der Saldotheorie mit einer faktischen Beziehung zwischen den Leistungen (vgl. oben § 1 Ziff. 1 S. 6). Bisher wurden lediglich die in dieser Begründung liegenden und von Leser (oben § 2 Ziff. 4 S. 22 ff) aufgezeigten Konsequenzen nicht gezogen, denn nach wie vor geht die Saldotheorie von einem einzigen, auf den Überschuß gerichteten Bereicherungsanspruch aus (vgl. hierzu auch oben § 4 Ziff. 1 S. 40 f);

(3) vgl. oben Einleitung S. 3 f mit Noten 6,7,8;

bringung der Gegenleistung erlangt, macht das Gesetz mit dem Anspruch auf Herausgabe der erbrachten Gegenleistung selbst den Vorgang wieder rückgängig, den es zunächst für eine Anwendbarkeit des § 818 Abs. 3 gefordert hat. Dennoch bleiben die Voraussetzungen für eine Anwendbarkeit des § 818 Abs. 3 zumindest formell erhalten, da die von B empfangene Leistung im Zeitpunkt des guten Glaubens untergegangen ist und an dieser Tatsache auch der Anspruch auf Herausgabe der Gegenleistung, obwohl deren Erbringung zunächst für die Entstehung des guten Glaubens notwendig war, nichts mehr ändern kann. (4) Der Anspruch auf Herausgabe der erbrachten Gegenleistung führt im Ergebnis aber dazu, daß die Vermögenslage bei B sich zu seinen Gunsten verändert und nicht mehr der entspricht, die nach den Vorstellungen des Gesetzgebers allein Grundlage für die Begünstigung aus § 818 Abs. 3 ist, ohne daß dies - jedenfalls nach dem Wortlaut des Gesetzes - einer Anwendbarkeit des § 818 Abs. 3 entgegenstünde.

Wie schon dargelegt (5), will § 818 Abs. 3 sicherstellen, daß dem Bereicherungsschuldner, der auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung vertraut, ein Mindestvermögen erhalten bleibt. Das Gesetz will mit der Begünstigung aus § 818 Abs. 3 allein verhindern, daß im Rahmen des Bereicherungsausgleichs das Vermögen, auf dessen Bestand der Bereicherungsschuldner vertraut, um nicht mehr als den Wert der empfangenen Leistung vermindert wird. Entsteht das Vertrauen auf die Endgültig-

-
- (4) Die Feststellung, daß das Gesetz mit dem Anspruch auf Herausgabe der erbrachten Gegenleistung den Vorgang wieder rückgängig macht, der zunächst Voraussetzung für das Entstehen des Vertrauens war, kann daher allein nicht ausreichen, die nach dem Wortlaut des § 818 Abs. 3 bestehenden bleibenden Rechte dem Bereicherungsschuldner zu versagen. (Vgl. hierzu näheres unter § 6 Ziff. 4 b, bb S. 81 ff);
- (5) vgl. oben § 4 Ziff. 3 u. 4 S. 45 ff;

keit der empfangenen Leistung, - wie in dem hier erörterten Fall, - erst mit dem Erbringen der Gegenleistung, so entspricht der von dem Vertrauen umfaßte Vermögensbestand dem um die empfangene Leistung vermehrten und um die erbrachte Gegenleistung verminderten ursprünglichen Vermögen des Bereicherungsschuldners. (6) Mit dem Anspruch auf Herausgabe der erbrachten Gegenleistung wird daher von Gesetzes wegen ein Wert in das Vermögen des Bereicherungsschuldners zurückgeführt, der aus der Sicht der in § 818 Abs. 3 zugrunde gelegten Vermögenslage als verloren gilt. Hier widerspricht sich das Gesetz, sobald es dem Bereicherungsschuldner, sowohl den Anspruch auf Herausgabe der erbrachten Gegenleistung als auch die Rechte aus § 818 Abs. 3 gewährt. Ohne eine Lösung dieses Widerspruchs, der Frage, ob die in dem Widerspruch liegenden Vermögensverbesserung gerechtfertigt ist, kann kein billiger Bereicherungsausgleich gefunden werden. (7)

Der aufgezeigte Widerspruch tritt nicht ein, wenn für die Entstehung des guten Glaubens i.S.d. § 818 Abs. 3 die Erbringung der Gegenleistung nicht erforderlich gewesen ist. (8) Das ist z.B. der Fall, wenn der Empfänger das Austauschverhältnis bewußtseinsmäßig nicht

-
- (6) vgl. oben § 4 Ziff. 4 S. 46 ff und § 5 Ziff. 2 S. 54 ff;
 - (7) Mit dem Bereicherungsrecht sollte gerade ein Instrumentarium für einen "billigen" Ausgleich geschaffen werden. Vgl. im Zusammenhang mit § 818 Abs. 3 Mugdan Bd. 2, Protokolle der 2. Kommission, S. 1184 ff;
 - (8) Hierzu gehört auch die oben unter § 5 Ziff. 4 S. 61 genannte Fallgruppe;

realisiert hat. Unter diesen Umständen vertraut der Empfänger schon im Zeitpunkt des Empfangs darauf, daß sich sein ursprüngliches Vermögen endgültig um den Wert der empfangenen Leistung vermehrt hat. Der Umfang des durch § 818 Abs. 3 geschützten Mindestvermögens entspricht daher dem des ursprünglichen Vermögens, zu dem auch die Leistung gehört, die unter Verkennung der Gegenleistungspflicht erbracht wurde und nunmehr zurückverlangt werden kann. (9) Außerdem kommt es bei einseitig erfüllten gegenseitigen Verträgen, deren bereicherungsrechtliche Abwicklung ebenfalls im Zentrum der Auseinandersetzungen um § 818 Abs. 3 stehen (10), nicht zu diesem Konflikt. Hat der Vorleistungsempfänger das Austauschverhältnis nicht in seiner Bedeutung erkannt, so gilt das bereits Gesagte. Hat er es aber in seinem Bewußtsein realisieren können, so kann er, da er die Gegenleistung noch nicht erbracht hat, nicht auf die Endgültigkeit seines Erwerbs vertrauen. Hier fehlen somit schon die Voraussetzungen für ein Berufen auf § 818 Abs. 3. (11)

Ohne den Anspruch erheben zu können, alle denkbaren Fallvariationen genannt zu haben, läßt sich aufgrund der erfolgten Darstellungen sagen:

-
- (9) vgl. oben unter § 5 Ziff. 2 b, S. 58 ff; Die gleiche Situation besteht im übrigen bei einseitig verpflichtenden Verträgen, vgl. oben § 5 Ziff. 3, S. 60 f;
 - (10) vgl. oben § 1 Ziff. 1 S. 8 Note 17; Diesselhorst, Natur der Sache, S. 62 f m.w.N.; Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 72 f; Leser, Faktisches Synallagma, S. 5
 - (11) Nach welchen Vorschriften sich in diesem Fall der Bereicherungsausgleich richtet, wird noch erörtert werden, vgl. unten § 9 S. 137 ff;

Das Gesetz zeigt im Rahmen des Bereicherungsausgleichs in all den Fällen einen Widerspruch, in denen der Bereicherungsschuldner, der die Begünstigung aus § 818 Abs. 3 in Anspruch nehmen kann, mit dem Anspruch auf Herausgabe der erbrachten Gegenleistung einen Wert in sein Vermögen zurückerhält, der aus der Sicht der in § 818 Abs. 3 zugrunde gelegten Vermögenslage als verloren gilt.

Diese Erkenntnis gibt nun Anlaß zu der These, daß nach Lösung dieser Gegensätzlichkeit ein dem Willen des Gesetzes entsprechender billiger Bereicherungsausgleich gefunden werden kann.

2. Der Kern des Interessenkonflikts und die bisherigen Lösungsvorschläge

Im Rahmen des Bereicherungsrechts wurde für den im vorigen Abschnitt aufgezeigten Widerspruch noch keine befriedigende Lösung gefunden.

Die bisher vorgeschlagenen Lösungswege bieten keinen Ausgleich. Zwar würde der Widerspruch, sofern man eine vertragliche oder quasi-vertragliche Restbindung zwischen Leistung und Gegenleistung annehmen würde, nicht eintreten. Dennoch liegt darin keine Lösung, da es bei dem Widerspruch bleibt, wenn wegen der Art des Nichtigkeitsgrundes jegliche Bindung zwischen Leistung und Gegenleistung verneint werden muß, da insoweit für den Bereicherungsausgleich wiederum die Regeln der Zweikonditionenlehre Geltung erlangen. (12)

(12) vgl. hierzu: Müllereisert, Vertragslehre, S. 156 (oben § 2 Ziff. 2 S. 18 ff); Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 151 ff (vgl. oben § 2 Ziff. 3, S. 19 ff); Leser, Faktisches Synallagma, S. 77 ff (vgl. oben § 2 Ziff. 4, S. 22 ff); Kaehler, Bereicherungsrecht, S. 193 ff, 248 ff; v. Caemmerer Festschrift für Larenz, S. 636 f; aber auch die Saldotheorie in ihrer ursprünglichen Begründung, oben § 1 Ziff. 1 S. 5 ff;

Folgte man der restriktiven Auslegung des § 818 Abs. 3, wie sie Diesselhorst begründet hat, so wäre die Situation nicht anders. (13) Auch hier würde es in den Fällen bei dem Widerspruch bleiben, in denen der Untergang der empfangenen Leistung bei dem Bereicherungsschuldner nicht auf einen Umstand zurückzuführen ist, der als Verstoß gegen die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten gewertet werden müßte. Abgesehen von diesen Einzelheiten, die sich für jeden, auch der nicht ausdrücklich genannten Lösungswege im Detail noch näher begründen ließen, ist die Richtigkeit der bisherigen Lösungswege aus einem weit schwerwiegenderen Grund in Zweifel zu ziehen. Sie gehen alle von einer m.E. nicht zutreffenden Problemstellung aus. Das Problem, das sie lösen wollten, um die Ergebnisse der Zweikonditionenlehre zu überwinden, war die Frage, welche Kriterien es gibt, die Gegenleistung in das durch §§ 812, 818 ff schon vorgegebene Abwicklungsverhältnis einzubeziehen. (14)

Die Weichen für die allen Lösungswegen gemeinsame, m.E. aber nicht zutreffende Problemstellung wurden schon ganz zu Anfang der Auseinandersetzung über die Bedeutung des § 818 Abs. 3 bei Abwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge gestellt.

Zunächst bezogen sich die Erörterungen, unabhängig davon, wie die Gegenleistung einzuordnen ist, nur auf die Frage, welche Aufwendungen und Einbußen geeignet sind, die eingetretene Bereicherung zum Wegfall zu bringen. Ihr Schwerpunkt lag bei dem zu fordernden

(13) Diesselhorst, Natur der Sache, S. 201 ff; (oben § 2 Ziff. 6 S. 29 ff);

(14) vgl. zur Entwicklung der Auseinandersetzung oben § 1 und § 2 S. 5 ff;

Zusammenhang zwischen der eingetretenen ungerechtfertigten Bereicherung und den sie mindernden Aufwendungen bzw. Einbußen. Die erbrachte Gegenleistung als Aufwendung einzuordnen, lag daher nahe, zumal es zu der wechselseitigen ungerechtfertigten Bereicherung nur infolge des beabsichtigten, aber unwirksamen Vertragsverhältnisses kommen konnte und eine gegenseitige Abhängigkeit der Leistungen seitens der Leistenden, wenn auch nicht wirksam, so doch zumindest gewollt war. Hiermit war aber zugleich die Richtung für die späteren Auseinandersetzungen festgelegt, denn Angriffen ausgesetzt war danach nur die Wertung der Gegenleistung als Aufwendung.

Unbeachtet blieb die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei einem gegenseitigen Vertrag § 818 Abs. 3 überhaupt zur Anwendung kommen kann. Obwohl es schon von Anfang an - jedenfalls dem Grunde nach - keinen Zweifel daran gab, daß die Rechte aus § 818 Abs. 3 nur dem Gutgläubigen zu Gute kommen sollen, wurde nicht näher darauf eingegangen, welchen Einfluß der geschlossene, aber unwirksame gegenseitige Vertrag auf das Entstehen bzw. Bestehen eines guten Glaubens i.S.d. § 818 Abs. 3 hat. Man ging vielmehr einheitlich davon aus, daß ein § 818 Abs. 3 entsprechender guter Glaube schon immer dann gegeben ist, wenn die Voraussetzungen der §§ 819, 820 nicht vorliegen.

Aus der Sicht ihrer Problemstellung stellen die bisherigen Lösungswege eine kontinuierliche Weiterentwicklung dar. Da die bereicherungsrechtlichen Vorschriften selbst keine ausreichende Grundlage für eine Berücksichtigung der Gegenleistung als Aufwendung boten, mußte eine Begründung hierfür außerhalb des eigentlichen Bereicherungsrechts gesucht werden. Daher stehen die Versuche, die in den Gegenleistungsfällen auszukehrende Bereicherung auf der Grundlage rechtsgeschäftlicher oder rechtsgeschäfts-

ähnlicher Bindungen der Partner des gescheiterten Vertragsverhältnisses in den Griff zu bekommen, folgerichtig an dem vorläufigen Ende dieser Entwicklung.

Zu ihnen gehört auch die Auffassung von Kaehler (15), der trotz der Nichtigkeit des gegenseitigen Vertrags eine rechtfertigende causa für die empfangene Leistung annimmt, wenn der Empfänger auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung vertraut und seinerseits die versprochene Gegenleistung erbracht hat. Selbst wenn Diesselhorst und Flessner eine Berücksichtigung der Gegenleistung nicht mit einer, wie auch immer gear- teten rechtsgeschäftlichen Bindung begründen, beruhen ihre Vorschläge doch auf der Vorstellung, daß das Bereicherungsrecht aus sich heraus nicht geeignet ist, eine Lösung für die Einbeziehung der Gegenleistung zu bieten. Nur so ist die von Diesselhorst aus der Natur der Sache hergeleitete restriktive Auslegung des § 818 Abs. 3 zu verstehen (16), und nur so läßt sich wenigstens im Ansatz eine Rechtfertigung für die Auffassung Flessners, bei den Bereicherungsregeln handele es sich ausschließlich um eine in sich offene Regelung der Schadensverteilung, zu der unter bestimmten Umständen auch die Saldotheorie gehört, finden.(17)

Nach der hier vertretenen Auffassung über die Entwicklung des guten Glaubens i.S.d. § 818 Abs. 3 ist das Kernproblem bei dem bereicherungsrechtlichen Ausgleich der aufgrund des nichtigen gegenseitigen Vertrags eingetretenen Vermögensverschiebung ein anderes.

(15) vgl. oben § 1 Ziff. 1 S. 6 Note 10;

(16) vgl. oben § 2 Ziff. 6 S. 29 ff;

(17) vgl. oben § 2 Ziff. 7 S. 33 ff;

ähnlich auch Schnitzler JZ 1972, 270 ff;

Es dreht sich nicht mehr um die Möglichkeit einer Einbeziehung der Gegenleistung in das durch §§ 812, 818 ff bestimmte Abwicklungsverhältnis. Die Rolle der Gegenleistung liegt vielmehr schon fest, da je nach Bewußtseinslage des Bereicherungsschuldners ihre Erbringung für die Entstehung des guten Glaubens notwendig ist. Allein durch die Art der Entstehung des guten Glaubens i.S.d. § 818 Abs. 3 ist schon für viele Fallgestaltungen, die Streitpunkt bei der Frage der Einbeziehung der Gegenleistung waren, der Umfang des bereicherungsrechtlichen Ausgleichs der Vermögensverschiebungen wenigstens in den Grundzügen vorausbestimmt, so z.B. in den Fällen der bereicherungsrechtlichen Abwicklung einseitig erfüllter gegenseitiger Verträge. (18) Als Kernproblem einer Basis für einen alle Fallgestaltungen umfassenden Bereicherungsausgleich bleibt jedoch die tatsächliche und rechtliche Erfassung der dem aufgezeigten Widerspruch zugrunde liegenden Vermögenslage, die gerade deshalb entsteht, weil nach § 818 Abs. 3 schon von vornherein, um überhaupt zu seiner Anwendbarkeit gelangen zu können, die Art der beabsichtigten Leistungsbeziehungen berücksichtigt werden muß.

Ein ausdrücklicher Beitrag zur Lösung dieser Frage ist, - soweit ersichtlich, - aber in keinem der bisherigen Lösungswege zu finden.

(18) vgl. oben § 5 Ziff. 2 S. 54 ff
und unten § 9 S. 137 ff;

3. Der dem dargestellten Widerspruch zugrunde liegende Vermögensvorteil - eine "wirtschaftliche Ersparnis"

Der dem aufgezeigten Widerspruch zugrunde liegende Vermögenswert entspricht weder von vornherein dem vermögensmäßigen Wert der uneingeschränkten Befreiung von der bereicherungsrechtlichen Haftung noch dem Wert der zurückerlangten Gegenleistung. Bei ihm handelt es sich vielmehr um eine eigenständige Wertgröße, die sich erst aus dem Zusammentreffen der Rechte aus § 818 Abs. 3 hinsichtlich der empfangenen Leistung und des Anspruchs auf Herausgabe der erbrachten Gegenleistung ergibt.

Durch § 818 Abs. 3 erhält der Bereicherungsschuldner eine rechtliche Position, die für ihn von besonderem wirtschaftlichem Wert ist. Dieser besteht darin, daß sich der Schuldner auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann (19) und keinen Ersatz für die untergegangene Leistung leisten muß. Erlangt der Bereicherungsschuldner, der das für § 818 Abs. 3 erforderliche Vertrauen nur infolge der Erbringung der Gegenleistung erworben hat, diese zurück, so bleibt ihm nach dem Wortlaut des Gesetzes dennoch der wirtschaftliche Vorteil aus § 818 Abs. 3 erhalten. Er kann also den wirtschaftlichen Vorteil aus § 818 Abs. 3 nutzen, ohne jedoch die mit der Erlangung dieses Rechts verbundenen Nachteile, die Weggabe der Gegenleistung, tragen zu müssen. Der sich hieraus für den Bereiche-

(19) Der Gesetzgeber hat vorgesehen, daß der Wegfall der Bereicherung "einredeweise" geltend zu machen ist. (Vgl. Mugdan Bd. 2, Motive, S. 467.) Die Berücksichtigung des Wegfalls der Bereicherung von Amts wegen ist allein eine Konsequenz der dogmatischen Begründungen, die für eine Berücksichtigung der Gegenleistung bisher angeboten wurden. Vgl. oben § 1 Ziff. 1 S. 5 ff m.w.N.;

rungsschuldner ergebende Vermögenswert stellt aus wirtschaftlicher Sicht eine durch das Gesetz begründete Ersparnis dar.

Der Umfang der "wirtschaftlichen Ersparnis" ist von dem Wert des wirtschaftlichen Vorteils, der durch das Recht aus § 818 Abs. 3 erreicht wird, sowie dem Wert der zurückerlangten bzw. zurückforderbaren Gegenleistung abhängig. Übersteigt der Wert der zurückerlangten Gegenleistung den Wert des wirtschaftlichen Vorteils aus § 818 Abs. 3, so entspricht der Umfang der "wirtschaftlichen Ersparnis" dem Wert des Vorteils aus § 818 Abs. 3. Ist jedoch der Vorteil aus § 818 Abs. 3 mehr wert als die zurückerlangte Gegenleistung, so ist die eintretende "wirtschaftliche Ersparnis" auf den Wert der Gegenleistung beschränkt.

Diese zweifache Begrenzung ergibt sich aus der Natur des als "wirtschaftliche Ersparnis" bezeichneten Vermögensvorteils. Denn ein Vermögensvorteil kann bei Zusammentreffen der Rechte aus § 818 Abs. 3 mit dem Anspruch auf Herausgabe der erbrachten Gegenleistung nur in dem Umfang entstehen, in dem sich der Wert der zurückerlangten Gegenleistung mit dem Wert des wirtschaftlichen Vorteils aus § 818 Abs. 3 überschneidet.

Ist also bei einem nichtigen Tauschvertrag die von B erbrachte Leistung im Werte von 100,-- DM bei A unter den Voraussetzungen des guten Glaubens ersatzlos untergegangen und gibt B die seinerseits von A empfangene Leistung im Werte von 80,-- DM heraus, so tritt bei A infolge des Zusammentreffens der Rechte aus § 818 Abs. 3 und des Anspruchs auf Rückgabe der erbrachten Leistung eine "wirtschaftliche Ersparnis" in Höhe von 80,-- DM ein.

4. Der bereicherungsrechtliche Ausgleich des als "wirtschaftliche Ersparnis" bezeichneten Vermögensvorteils

Nach dem Wortlaut des Gesetzes steht dem Bereicherungsschuldner der als "wirtschaftliche Ersparnis" bezeichnete Vermögensvorteil zu. In sich widerspruchsfrei ist die bereicherungsrechtliche Abwicklung aber erst, wenn es zu einem Ausgleich dieses Vermögenswertes kommt. (20)

a. Die Einordnung der "wirtschaftlichen Ersparnis" unter den hergebrachten Bereicherungsbegriff

Aufgrund des in den Motiven zum Ausdruckkommenden Auftrags hat die Rechtsprechung und Lehre im Zusammenhang mit § 818 Abs. 3 einen Bereicherungsbegriff entwickelt. (21) Schon frühzeitig wurde auch erkannt, daß der Begriff der Bereicherung vorwiegend durch wirtschaftliche Gesichtspunkte zu bestimmen ist. (22) Danach unterliegt die auszukehrende Bereicherung, die z.B. in der rechtsgrundlos erlangten Leistung und dem durch sie erlangten Sekundär-Erwerb besteht, einer stetigen wirtschaftlichen Entwicklung und ist keine absolute unveränderbare Vermögensposition.

Der Begriff der Bereicherung ist in sich nicht abgeschlossen, sondern umfaßt die verschiedensten wirtschaftlichen Vorgänge, die geeignet sind, die Bereicherung zum Wegfall zu bringen. Die Bereicherung wird

(20) vgl. oben § 6 Ziff. 1 S. 62 ff;

(21) Im übrigen ist der Begriff der Bereicherung ein Spiegelbild der Saldotheorie mit den an sie anknüpfenden Entwicklungen, vgl. oben § 1 und 2, S. 5 ff;

(22) RGZ 75, 361; RG WarnRspr. 1917 Nr. 140;

danach durch all diejenigen Nachteile, Aufwendungen und Ausgaben beseitigt oder gemindert, die der Bereicherte vermieden haben würde, wenn er den rechtsgrundlosen Erwerb nicht erlangt hätte, sofern diesen Nachteilen, Aufwendungen oder Ausgaben kein durch sie erlangter entsprechender Vermögenswert gegenübersteht. (23) Unerheblich ist dabei, ob diese Ausgaben gerade mit Hilfe des rechtsgrundlosen Erwerbs bestritten worden sind. (24) Um Vermögenseinbußen bei der bereicherungsrechtlichen Abwicklung berücksichtigen zu können, ist allerdings vorauszusetzen, daß die Nachteile, die der Bereicherte bzw. der Empfänger einer Leistung erlitten hat, mit der Tatsache der - wenn auch ungerechtfertigten Vermögensverschiebung - in einem bestimmten Zusammenhang stehen. Dieser ist gegeben, wenn der Nachteil dem Bereicherungsschuldner ohne den rechtsgrundlosen Erwerb nicht widerfahren wäre, wobei es bei der Beurteilung auf die Gesamtheit der Vorgänge ankommt, die die Vermögensverschiebung herbeigeführt haben. (25)

Die bei wortgetreuer Anwendung der §§ 812, 818 Abs. 3 für den Bereicherungsschuldner eintretende "wirtschaftliche Ersparnis" kann jedoch nicht unter diesen

-
- (23) vgl. Mugdan Bd. 2, Motive, S. 468, Protokolle der 2. Kommission, S. 1184; RGZ 72, 1; 106, 7; RG JW 1911, 40; RG LZ 1923, 186;
(24) vgl. z.B. RG WarnRspr. 1912 Nr. 360;
(25) RGZ 106, 7; RG LZ 1924, 88; RG HRR 1933 Nr. 108; RGZ 141, 312; OLG Neustadt MDR 1953, 230 f; Im einzelnen ist es sehr umstritten, wie der Zusammenhang rechtlich zu klassifizieren ist. Vgl. oben §§ 1 und 2 S. 5 ff;

Bereicherungsbegriff eingeordnet werden, wie auch immer der zu fordernde Zusammenhang zwischen abzugsfähigen Nachteilen und dem ungerechtfertigten Erwerb rechtlich zu erfassen ist. (26)

Eine Ersparnis wird bisher bei der bereicherungsrechtlichen Abwicklung nur berücksichtigt, wenn die Bereicherung zu Ausgaben verwendet wurde, die der

-
- (26) Nach ständiger Rechtsprechung gilt auch heute noch sowohl für die Gegenleistungsfälle, wie für alle Vermögenseinbußen zumindest formell der Grundsatz, daß sich die Bereicherung durch alle Einbußen, die der Empfänger an seinem Vermögen in ursächlichem Zusammenhang mit dem Erwerb erleidet, mindert. Vgl. z.B. RGZ 106, 4 ff; 141, 312; 163, 348; 170, 67; BGHZ 1, 75 ff; 9, 333 ff; BGH LM Nr. 2 zu § 818 Abs. 3; Die neuere Lehre bezeichnet die Abgrenzung anrechenbarer Nachteile nach dem Kausalzusammenhang als unzulänglich. Vgl. Weintraud, Saldotheorie, S. 51 ff; Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 151 ff; Lehmann, Festschrift Nipperdey (1955), S. 31 ff; Leser, Faktisches Synallagma, S. 19 ff; v.Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 384 ff; Enneccerus-Lehmann SchR. § 227 III S. 910 ff; Larenz, SchR. Bd. 2 § 70 II, S. 438 ff; Esser, SchR. Bd. 2 § 105 II, S. 379 ff; Fikentscher, SchR. § 100 VI, S. 599 ff; Auch die Auffassung, daß der ursächliche Zusammenhang als "wirtschaftlicher" verstanden werden muß, ist weitgehend auf Kritik gestoßen. (Vgl. insbes. v.Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 385; Leser, Faktisches Synallagma, S. 19 ff; Staudinger-Seufert § 818 Anm. 35 und im Übrigen oben § 2 S. 16 ff; Larenz, SchR. Bd. 2 § 70 II, S. 440; Esser, SchR. Bd. 2 § 105 II, S. 381; Strutz NJW 1968, 141;) Den Grund hierfür bilden die Gegenleistungsfälle, da sich für die Berücksichtigung der Gegenleistung dieser Zurechnungsgrund nicht als ausreichend erwiesen hat. Deshalb suchen die neueren Lehren die Begründung für eine Berücksichtigung der Gegenleistung Überwiegend in einer rudimentären rechtsgeschäftlichen oder faktischen gegenseitigen Bindung. Vgl. oben § 2 Ziff. 4, 5 S. 22 ff;

Empfänger auch ohne den Erwerb hätte machen müssen. (27) In Höhe dieser Aufwendungen fällt die Bereicherung, obwohl das Erlangte tatsächlich aufgewendet ist, nicht weg, da ein Gegenwert vorhanden ist. Den Gegenwert bilden die Mittel, die der Bereicherungsschuldner zur Deckung der getätigten Ausgaben hätte aufwenden müssen, wenn ihm hierfür die rechtsgrundlos empfangene Leistung nicht zur Verfügung gestanden hätte. Um eine Ersparnis diesen Charakters handelt es sich aber bei dem in Frage stehenden Vermögensvorteil nicht. Sie hängt nicht davon ab, welche Aufwendungen mit dem ungerechtfertigten Erwerb bestritten wurden, sondern ergibt sich erst, wenn die Bereicherung wenigstens zu einem Teil gegenständlich sowie wertmäßig weggefallen ist. (28) Sie setzt also bereits eine Entscheidung darüber voraus, ob eine Entreicherung i.S.d. § 818 Abs. 3 eingetreten ist. Als Folge einer bereits eingetretenen Entreicherung kann sie nicht mehr unter den Begriff eingeordnet werden, der die Vorgänge um-

-
- (27) Erman-Seiler § 818 Anm. 26; Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 27; Staudinger-Seufert § 818 Anm. 31; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 818 Anm. 15 u. § 812 Anm. 8 ff; Larenz, SchR. Bd. 2 § 70 I, II S. 436, 440; Esser, SchR. Bd. 2 § 105 I, S. 378 ff; Fikentscher, SchR. § 100 VI, S. 599 ff; Enneccerus-Lehmann, SchR. § 227 III, S. 912 f; Ebbecke, Recht 1912, 746 ff (748); RG LZ 1924, 96; JW 1936, 717; RGZ 107, 189; 158, 315; RG Recht 1912 Nr. 1295; 1925 Nr. 25; OLG Augsburg SeuffA. 70 Nr. 150; BGHZ 25, 185 ff (194);
- (28) vgl. oben § 6 Ziff. 1 S. 62 ff;

faßt, die zu einer Entreicherung führen. Aus den gleichen Gründen kann sie auch weder als Wertersatz infolge des Wegfalls der Leistung noch als Ersatz für Aufwendungen, der gemäß § 818 Abs. 2 bei der Beurteilung, inwieweit die Bereicherung noch vorhanden ist, zu berücksichtigen wäre, angesehen werden.

b. Die Einordnung der "wirtschaftlichen Ersparnis" unter § 812 Abs. 1 als Bereicherung "in sonstiger Weise"

aa. Die "wirtschaftliche Ersparnis" als Erwerb "in sonstiger Weise"

Das Tatbestandsmerkmal des § 812 Abs. 1 "etwas erlangt" umfaßt jeden Vermögensvorteil, d.h. jede Verbesserung der Vermögenslage. (29) Unter diesen weitzufassenden Begriff fällt daher auch der als "wirtschaftliche Ersparnis" bezeichnete Vermögensvorteil. Dem steht nicht entgegen, daß der Bereicherungsschuldner nach dem Wortlaut des Gesetzes einen Anspruch bzw. ein Recht auf diesen Vermögensvorteil hat, denn die Frage des Anspruchs bzw. Rechts betrifft allein das Problem des Rechtsgrundes bzw. der Rechtsgrundlosigkeit und hat keinen Einfluß auf die Beurteilung, ob "etwas" i.S.d. § 812 Abs. 1 erlangt ist.

(29) vgl. z.B. Esser, SchR. Bd. 2 § 100 III, S. 342; Larenz, SchR. Bd. 2 § 68 S. 402; Keinen Vermögensvorteil in diesem Sinne stellen immaterielle Vorteile dar, BGH LM Nr. 6 zu § 812;

Der in der "wirtschaftlichen Ersparnis" liegende Vermögensvorteil ist als Erwerb "in sonstiger Weise" zu werten, da er nicht unmittelbar durch eine Leistung erlangt wird. (30) Der Rückerwerb der Gegenleistung führt, - wie bereits erwähnt (31), - allein noch nicht zu dem als "wirtschaftliche Ersparnis" bezeichneten Vermögensvorteil. Er ist lediglich - ebenso wie das Recht aus § 818 Abs. 3 - eine Bedingung für den Eintritt der "wirtschaftlichen Ersparnis". Nur infolge des Zusammentreffens der Rechte aus § 818 Abs. 3 mit dem Anspruch auf Herausgabe der Gegenleistung zeigt die durch § 812 Abs. 1 und § 818 Abs. 3 geschaffene Vermögenslage einen der "wirtschaftlichen Ersparnis" entsprechenden Vermögensvorteil. Der Grund für den Eintritt der Ersparnis findet daher seinen unmittelbaren Ursprung in dem Spannungsverhältnis, das zwischen den dem Bereicherungsschuldner zustehenden Rechten aus § 818 Abs. 3 und seinem Anspruch auf Herausgabe der Gegenleistung (§ 812 Abs. 1) dann besteht, wenn dieser den für § 818 Abs. 3 erforderlichen guten Glauben erst mit der Erbringung der Gegenleistung erlangt hat. (32) Nicht eine Leistung, sondern der im Gesetz begründet liegende und oben näher dargestellte Widerspruch ist also der eigentliche Grund dafür, daß ein Vermögensvorteil, eine "wirtschaftliche Ersparnis", in dem Vermögen des Bereicherungsschuldners auftritt.

(30) Bei einer Leistung handelt es sich um eine willentliche Vermögensverschiebung. (RGZ 68, 97; v.Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 366; Larenz, SchR. Bd. 2 § 68 I, S. 404; Kötter AcP 153 (1954), 195 ff; Scheying AcP 157 (1958/1959), 375 ff; Rothoef AcP 163 (1964), 224; Leistung wird auch als die bewußte Mehrung fremden Vermögens, die durch die Bezugnahme auf ein ihren wirtschaftlichen Erfolg anstrebendes Schuldverhältnis gekennzeichnet ist, definiert. (Esser, SchR. Bd. 2 § 101 I, S. 339);

(31) vgl. oben § 6 Ziff. 1 u. 3 S. 62 ff;

(32) vgl. oben § 6 Ziff. 1 S. 62 ff;

Als Bereicherung "in sonstiger Weise" kann die Ersparnis, wenn für sie ein Rechtsgrund fehlt, bereicherungsrechtlich nur durch die sog. "Eingriffskondiktion" erfaßt werden. (33) Aufgabe der Eingriffskondiktion ist es nämlich, all die ungerechtfertigten Vermögensverschiebungen auszugleichen, die nicht durch eine Leistung, sondern durch

- a) in originärer Weise legalisierten Rechtserwerb,
- b) die vermögensmäßige Besserstellung einer außerhalb der unmittelbaren Leistungsebene stehenden Person infolge eines Rechtsreflexes aus der Leistungsbeziehung und
- c) sonstige vermögensmäßige Besserstellungen mit korrespondierendem Vermögensverlust eines anderen bewirkt sind. (34)

-
- (33) Die Auffassung von der Einheitlichkeit des Bereicherungsanspruchs (vgl. Krawielicki, Grundlagen, S. 1 ff m.w.N.) wurde nach und nach aufgegeben. (Neuerdings allerdings wieder Wilhelm, Rechtsverletzung, S. 173 ff.) Durchgesetzt hat sich die Meinung, daß § 812 einen einheitlichen Bereicherungsanspruch (§ 818) an zwei grundverschiedene Tatbestände knüpft, nämlich einmal an den Empfang einer rechtsgrundlosen Leistung und zum anderen an eine "in sonstiger Weise" eingetretene ungerechtfertigte Vermögensverschiebung. Diese Erkenntnis hat zu einer Unterscheidung zwischen Leistungs- und Eingriffskondiktion geführt. Fr. Leonhard, Bes. SchR. Bd. 2, S. 454; Wilburg, Festschrift Graz, S. 18, 22 ff; von Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 341 ff, 352 ff; Kötter, AcP 153 (1954), 193 ff; Rothoef AcP 163 (1964), 215 ff; Esser, SchR. Bd. 2 § 100 II, S. 332 ff; Fikentscher, SchR. § 99 S. 556 f; Larenz, SchR. Bd. 2 § 70 IV, S. 444; Soergel-Siebert-Mühl § 812 Anm. 37 u.a. BGHZ 40, 272 ff; 48, 70 ff (73); 50, 227 ff (229); 55, 128 ff; NJW 1964, 399 ff m.Anm. v.Berg NJW 1964, 720; etwas einschränkend allerdings Westermann, H.P., Die causa, S. 258 ff; Huber NJW 1968, 1905 ff (1910) dagegen im wesentlichen nur Ernst Wolf JuS 1965, 35 ff;
- (34) vgl. die Aufgliederung bei Rothoef AcP 163 (1964), 215 ff (238). Daß keine Aufzählung aller denkbaren Kondiktionsfälle erfolgen kann, ergibt sich aus dem Charakter des § 812 Abs. 1 als Generalklausel. Vgl. Esser, SchR. Bd. 2 § 100 II, S.332; v. Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 334 ff; Dieser Charakter des § 812 Abs. 1 ist - soweit ersichtlich - nicht bestritten.

bb. Die Rechtsgrundlosigkeit der "wirtschaftlichen Ersparnis"

Die Frage, wann eine Vermögensverschiebung - ein erlangtes "Etwas" - des rechtlichen Grundes entbehrt, läßt sich nicht einheitlich beantworten. (35) Während in den Fällen der Leistungskondition nur zu fragen ist, ob der von den Beteiligten vorausgesetzte Rechtsgrund Bestand hat, ist in den Fällen der Bereicherung "in sonstiger Weise", da auf einen zwischen den Parteien schuldrechtlich vereinbarten Zweck nicht zurückgegriffen werden kann, der Rechtsgrund aus dem Gesamthalt der Rechtsordnung zu entnehmen.

-
- (35) vgl. hierzu Soergel-Siebert-Mühl § 812 Anm. 92; Enneccerus-Lehmann SchR. § 222 vor I, S. 886 m. w.N.; Heck, SchR. § 141, 6 S. 421 ff; Siber, SchR., S. 417 ff; Esser, SchR. Bd. 2 § 104 I, S. 364 ff; Larenz, SchR. Bd. 2 § 68 vor I, S. 403; Leonhard, Bes.SchR. S. 474 ff; Planck-Landois § 812 Anm. I, 3; Oertmann, BGB-Komm., § 812 Vorbem. 1 d; Staudinger-Seufert § 812 Anm. 52 ff; Ehmann NJW 1969, 398 ff m.w.N.; Allgemeine Formeln, daß z.B. eine Vermögensverschiebung ohne rechtlichen Grund eingetreten sei, wenn sie nach den übrigen Bestimmungen der Rechtsordnung ungerechtfertigt ist (Hartmann, ArchBürgRecht 21(1902) 224 ff, 232 ff) oder wenn sich die nach dem technisch geformten Recht eingetretene Rechtsänderung in ihrem sachlichen Bestand als richtiges Recht nicht behaupten läßt (v. Mayr, Bereicherungsanspruch, S. 428 f) überdecken nur den Unterschied zwischen Leistungs- und Eingriffskondition. Die Übertragung des Begriffs des rechtlichen Grundes von der Leistungskondition auf die Bereicherung in sonstiger Weise hat sich nicht als geeignet erwiesen. (Vgl. Wilburg, Festschrift Graz, S. 12; v. Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1 S. 337; A.A. insbesondere Krawielicki, Grundlagen, S. 2 ff m.w.N.; Barnstedt, Merkmal, S. 100;

Entscheidend kommt es dabei darauf an, ob nach den in der Rechtsordnung aufgestellten Grundsätzen über die Güterzuordnung dem Bereicherten die durch die Rechtsverschiebung eingetretene Verbesserung seiner Vermögenslage endgültig verbleiben soll, oder ob er dem Benachteiligten zur Herausgabe verpflichtet ist. Diese Frage muß für jede einzelne Art der Vermögensverschiebung aus den für sie geltenden Vorschriften und aus ihrer Stellung und Bedeutung im Rechtssystem beantwortet werden. (36) Das Kriterium, das über die Rechtsgrundlosigkeit entscheidet, kann auch nicht in der Rechtswidrigkeit des Eingriffs erblickt werden. (37) Damit würde man die Eingriffskondition entgegen ihrem Sinn und Zweck den Deliktsansprüchen annähern. Im Bereicherungsrecht geht es aber nicht um unrechtmäßiges Handeln, sondern allein darum, ob der Bereicherte den - wie auch immer - erlangten Vermögensvorteil behalten darf, ob ihm dieser im Verhältnis zu dem, der dadurch einen Nachteil erlitten hat, rechtens gebührt. Hierüber kann aber im Einzelfall nur die nach der Rechtsordnung gewollte "Zuordnung" bzw. "Zuweisung" des er-

-
- (36) Staudinger-Seufert § 812 Anm. 52; Soergel-Siebert-Mühl § 812 Anm. 94; Enneccerus-Lehmann SchR. § 222 III S. 891 ff; Larenz, SchR. Bd. 2 § 68 II, S. 409; Esser, SchR. Bd. 2 § 104 I, S. 364 ff; Medicus, BGB, § 28 II S. 288 ff; Wilburg, Festschrift Graz, S. 25, 105 ff; wohl auch Heck, SchR., S. 417 ff; Leonhard, Bes.SchR. Bd. 2, S. 457 f; Ansatzpunkte hierfür finden sich schon bei Hartmann ArchBürgRecht 21 (1902), 224 ff (225, 229); vgl. im übrigen auch: BGH LM Nr. 25 zu § 812 m.w.N., RG JW 1906, 69 (70); 1929, 2598; a.A. RGZ 69, 246;
- (37) a.A. Fr. Schulz AcP 105 (1909), 1 ff; Jacobs, Eingriffserwerb, S. 22 ff m.w.N.; Larenz, Vertrag und Unrecht Bd. 2, S. 113 f;

langten Vorteils einen Aufschluß geben. (38)

Inwieweit ist nun unter diesem Gesichtspunkt die dargestellte "wirtschaftliche Ersparnis" gerechtfertigt?

Mit dem Anspruch auf Herausgabe der erbrachten Gegenleistung und dem Recht aus § 818 Abs. 3 will das Gesetz die infolge eines fehlgeschlagenen Vertrags nach Austausch der Leistungen aufgetretene Güterlage neuordnen. Allein die Tatsache, daß durch § 812 dem Bereicherungsschuldner die erbrachte Gegenleistung zurückgewährt wird, sagt noch nichts Endgültiges darüber aus, ob sie ihm auch materiell neben den Rechten aus § 818 Abs. 3 zugeordnet werden soll. Ebenso läßt sich allein daraus, daß der Bereicherungsschuldner sich hinsichtlich der empfangenen Leistung auf § 818 Abs. 3 berufen kann, nicht entnehmen, ob ihm die Vorteile aus § 818 Abs. 3 neben dem Anspruch auf Herausgabe der erbrachten Gegenleistung materiell zugeordnet sind. Die Worte "ohne rechtlichen Grund" dürfen nicht dazu verleiten, einen Erwerb bzw. den Eintritt einer bestimmten Vermögenslage schon immer dann als endgültig zu betrachten, wenn er nur durch eine Rechtsvorschrift vermittelt ist. Das Gesetz läßt in vielen Fällen eine Vermögensverschiebung aus Gründen der Rechtssicherheit oder aus rechtstechnischen Erwägungen zunächst wirksam werden, obwohl sie im Verhältnis zu den Beteiligten als Dauerzustand nicht gerechtfertigt erscheint. (39) Nicht auf jenen durch die Rechtsvorschrift

-
- (38) vgl. im wesentlichen oben Note 35; ferner: Larenz, SchR. Bd. 2 § 68 II, S. 409; Soergel-Siebert-Mühl § 812 Anm. 37, 162; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 816 Anm. 1; Mestmäcker JZ 1958, 521 ff; Raiser JZ 1961, 465 ff (468 ff); Kleinheyer JZ 1961, 473 ff (475); Leser, Faktisches Synallagma, S. 5; v.Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 352 ff; Rümker, Tatbestandsmerkmal, S. 108;
- (39) vgl. z.B. die Fälle der Verbindung, Vermischung, Verarbeitung §§ 946 ff; die Verwendungskondition §§ 994 ff; die Ersitzung § 937; Der Bereicherungsanspruch nach Ersitzen eines Rechts ist

vermittelten Erwerb, sondern auf den ihn als endgültige Vermögensverschiebung rechtfertigenden Grund kommt es an. (40) Eine aufgrund einer gesetzlichen Vorschrift eingetretene formale Vermögensverschiebung schließt also eine ungerechtfertigte Bereicherung nicht aus, sondern kann gerade erst ihre Voraussetzungen schaffen. (41)

Diese allgemeinen Grundsätze müssen auch bei einem durch bereicherungsrechtliche Vorschriften vermittelten Erwerb gelten. Der Schluß, daß sich die Frage nach der endgültigen materiellrechtlichen Zuordnung des Werts der aufgrund bereicherungsrechtlicher Vorschriften erlangten Vorteile nicht stellt, da es gerade die Funktion der bereicherungsrechtlichen Vorschriften ist, einen Ausgleich bei rechtsgrundlos erlangten Vermögensvorteilen zu schaffen, ist durch nichts gerechtfertigt. Ein Beispiel hierfür sind u.a. die Fälle, in denen der Bereicherte infolge Nichtigkeit z.B. eines Schenkungsvertrags die gegenständlich vorhandene Sache herauszugeben und dagegen geldliche Aufwendungen zu verrechnen hat. (42) Hier geschieht der Ausgleich, indem der Bereicherte zur Herausgabe verurteilt wird, allerdings nur Zug um Zug gegen Zahlung des aufgewendeten Geldbetrags seitens des Anspruchstellers. Das bedeutet aber nichts anderes, als daß die Sache dem Anspruchsteller aufgrund § 812 Abs. 1 formell zwar zugeordnet wird, nicht aber materiell ihr Wert in Höhe des Aufwendungsbetrags.

allerdings sehr umstritten. Zum Stand der Meinungen vgl. Soergel-Siebert-Mühl § 812 Anm. 177 und § 937 Anm. 6;

- (40) vgl. dazu schon RG JW 1906, 69 (70);
(41) vgl. hierzu vor allem: BGH LM Nr. 25 zu § 812; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 812 Anm. 48; Staudinger-Seufert § 812 Anm. 52 ff; Oertmann § 812 Vorbem. 2 e; Palandt-Thomas § 812 Anm. 6 Bc
(42) vgl. z.B. Erman-Seiler § 818 Anm. 31; RG HRR 1933, Nr. 997; Es muß sich jedoch um Aufwendungen handeln, die nicht eine aufgedrängte Bereicherung darstellen.

Die für den Bereicherungsschuldner im Rahmen des Bereicherungsausgleichs nichtiger gegenseitiger Verträge auftretende "wirtschaftliche Ersparnis" ist demnach, obwohl der ihr zugrunde liegende Vermögenserwerb durch rechtliche Vorschriften vermittelt ist, rechtsgrundlos, wenn dieser Wert dem Vermögen des Bereicherungsschuldners nur formell nicht aber materiell zugeordnet ist.

Der als "wirtschaftliche Ersparnis" bezeichnete Vermögensvorteil ergibt sich aufgrund eines Widerspruchs in der gesetzlichen Regelung. Wie bereits erwähnt (43), erfolgt bei einem nichtigen gegenseitigen Vertrag die bereicherungsrechtliche Neuordnung der Güterlage nicht allein durch die nach § 812 mögliche Leistungskondition auf Herausgabe der Gegenleistung, sondern auch durch § 818 Abs. 3. Beide Rechte stehen jeder Vertragspartei gleichzeitig zu. Neben § 812 Abs. 1, der dem Bereicherungsschuldner die erbrachte Gegenleistung wieder zuordnet, enthält auch § 818 Abs. 3 ein negatives Element der Zuordnung. § 818 Abs. 3 will nämlich, daß nur der von dem guten Glauben umfaßte Vermögensstand durch den Bereicherungsausgleich um nicht mehr als die empfangene Leistung gemindert wird. Zu der von dem guten Glauben umfaßten Vermögenslage gehört aber nicht die Gegenleistung, wenn deren Erbringung für den Erwerb des guten Glaubens notwendig war. In diesen Fällen geht § 818 Abs. 3 also von einer ganz anderen Vermögensverteilung aus, als der, die durch § 812 Abs. 1 infolge der Rückgewähr der erbrachten Gegenleistung wieder geschaffen werden soll.

(43) vgl. oben § 6 Ziff. 1 S. 62 ff;

Dieser Widerspruch in der gesetzlichen Regelung sagt jedoch noch nichts darüber aus, inwieweit der sich aus ihm ergebende und als "wirtschaftliche Ersparnis" bezeichnete Vermögensvorteil dem Vermögen des Bereicherungsschuldners auch materiell zugeordnet ist. Widersprüchlich ist die gesetzliche Regelung gerade deshalb, weil der der "wirtschaftlichen Ersparnis" zugrunde liegende Vermögenswert aus der Sicht des § 812 Abs. 1 formell wie materiell in das Vermögen gehört, obwohl sein Verbleib in dem Vermögen des Bereicherungsschuldners aus der Sicht des § 818 Abs. 3 eine doppelte Begünstigung darstellen würde. Die Frage nach der materiellen Zuordnung des Werts der "wirtschaftlichen Ersparnis" stellt sich daher erst aufgrund dieses Widerspruchs.

Einen Aufschluß darüber, ob die aus der Sicht des § 818 Abs. 3 eintretende doppelte Begünstigung vom Gesetz als Ergebnis der bereicherungsrechtlichen Abwicklung gewollt ist oder ob der Wert der "wirtschaftlichen Ersparnis" dem Vermögen des Bereicherungsschuldners nur formell nicht aber materiell zugeordnet und damit rechtsgrundlos ist, können nur die dem Bereicherungsrecht übergeordneten Zwecke geben.
(44)

Das Bereicherungsrecht ist von dem Gedanken getragen, einen für alle Beteiligten billigen Ausgleich zu schaffen. Besonders deutlich geht dies aus den Ausführungen der 2. Kommission über das Verhältnis zwischen § 812 und § 818 Abs. 3 hervor. Zwar wird dort nicht die hier zur Erörterung stehende Situation

(44) vgl. insbesondere Staudinger-Seufert § 818 Anm. 52 b; BGH LM Nr. 25 zu § 812;

behandelt, entscheidend ist jedoch, daß die Regelung der Beziehungen zwischen dem Bereicherungsgläubiger und -schuldner von Billigkeitserwägungen abhängig gemacht wurde. (45) Die Motive zu § 818 Abs. 3 stehen dem nicht entgegen. (46) Dort heißt es u.a.:

"Die Vorschriften des Entwurfs über die Bereicherung, d.h. über die Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung (Kondiktionen), beruhen nicht auf dem in der früheren gemeinrechtlichen Theorie und Praxis mißverständlich aufgestellten und gehandhabten allgemeinen Billigkeitssätze, niemand dürfe sich mit dem Schaden eines anderen bereichern, noch auf dem ähnlichen der Versionsklage des ALR (I 13 §§ 262 - 264) zu Grunde liegenden Prinzipie, daß derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines anderen verwendet worden, es in Natur zurückzufordern oder evtl. für den Wert Vergütung zu beanspruchen berechtigt sei."

Bedeutung haben diese Überlegungen aber nur für die Entstehung des Schuldverhältnisses aus ungerechtfertigter Bereicherung und den Charakter des Bereicherungsanspruchs und beziehen sich nicht auf den dem Bereicherungsrecht übergeordneten Zweck. Dies ergibt sich vor allem aus dem Zusammenhang. In den weiteren

(45) Mugdan Bd. 2, Protokolle der 2. Kommission, S. 1183 f; Es heißt: "... Fasse man zunächst die Fälle ins Auge, in welchen jemand etwas durch Leistung von seiten eines anderen ohne rechtlichen Grund erlangt habe, so beruhe die Vermögensverschiebung hier auf dem Willen des Leistenden. Wenn demselben trotzdem das Recht eingeräumt werde, die Leistung zurückzufordern, so beruhe dies lediglich auf Gründen der Billigkeit. Die Billigkeit erfordere und gestatte aber nur, ihm insoweit einen Anspruch einzuräumen, als der gutgläubige Empfänger nicht dadurch Schaden leide. ... Der ... Gesichtspunkt der Ersparnis sei allerdings zu beachten; er führe aber nicht zu der ... gemachten Unterscheidung, sondern könne lediglich bei der Untersuchung der Frage verwandt werden, ob im Einzelfall noch eine Bereicherung vorliege oder nicht. ..."

(46) Mugdan Bd. 2, Motive, S. 463;

Ausführungen wird nämlich nur der Charakter des Bereicherungsanspruchs als persönlicher Anspruch auf Rückgängigmachung des nach den maßgebenden Vorschriften eingetretenen Rechts- und Vermögenserwerbs, der eines Rechtsgrundes entbehrt, geschildert.

Hinzu kommt noch ein weiterer Gedanke. Betrachtet man nämlich die Materialien zu § 818 Abs. 3 etwas näher, so kann man nahezu eine Aufforderung für die Schaffung eines billigen Bereicherungsausgleichs finden, was wiederum darauf schließen läßt, daß dies ein übergeordneter Zweck des gesamten Bereicherungsrechts sein muß. (47)

Die Gesetzesverfassung haben die Entwicklung des Bereicherungsbegriffs, sofern ein Kausalzusammenhang zwischen Erwerb und Erwerbsminderung nicht feststehe, der Wissenschaft und Praxis überlassen. Bedenkt man nun, daß jegliche Veranlassung des Empfängers zur Vermögensminderung, die im Zusammenhang mit dem Empfang der Leistung steht, immer eine Kausalität, jedenfalls im Sinne der "conditio sine qua non", darstellt, so fragt es sich, welche Sachlage die Gesetzesverfasser überhaupt vor Augen hatten, wenn sie die Entwicklung des Bereicherungsbegriffs, soweit keine kausalen Vermögensminderungen in Frage stehen, der Wissenschaft und Praxis überließen. (48) Dies kann schlechthin nichts anderes bedeuten als die Aufforderung, bei der Feststellung, inwieweit trotz Wegfalls des rechtsgrundlosen Erwerbs infolge mit ihm im Zusammenhang stehender Ereignisse noch ungerechtfertigte Vermögens-

(47) Auch der BGH ist der Auffassung, daß die §§ 812 ff dem "Billigkeitsrecht" angehören. Vgl. BGHZ 36, 232 ff (235); a.A. z.B. Esser, SchrR. Bd. 2, § 100 I, S. 332;

(48) Mugdan Bd. 2, Motive, S. 468;

vorteile bestehen, Billigkeit Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

Dem Zweck des Bereicherungsrechts, einen billigen Ausgleich zu schaffen, entspricht es aber nicht, wenn man davon ausgeht, daß die "wirtschaftliche Ersparnis" wertmäßig dem Vermögen des Bereicherungsschuldners formell wie materiell zugeordnet ist. Unbillig wäre es nämlich im Rahmen des Bereicherungsausgleichs dem Bereicherungsschuldner auf Kosten seines Vertragspartners einen Wert zu belassen, der im Ergebnis für ihn eine doppelte Begünstigung darstellt. (49) Der Bereicherungsschuldner kann daher keinen materiellen Anspruch auf den Wert der dargestellten "wirtschaftlichen Ersparnis" haben. Nach dem Gesamtinhalt der für den Bereicherungsausgleich geltenden Rechtsordnung ist der der "wirtschaftlichen Ersparnis" zugrunde liegende Vermögenswert als materiell nicht gerechtfertigt und daher als rechtsgrundlos zu betrachten. Hieraus ist zu entnehmen, daß das Gesetz dem Bereicherungsschuldner neben den Rechten aus § 818 Abs. 3 im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Abwicklung den Wert der zurückerlangten Gegenleistung in Höhe der auftretenden "wirtschaftlichen Ersparnis" nur formell, nicht aber materiell zu Lasten des anderen Vertragspartners zuordnet.

cc. Die Verneinung des Rechtsgrundes aus Billigkeitsgründen bei einem aufgrund der Rechtsordnung erlangten Erwerbs

Es ist festgestellt worden, daß der die "wirtschaftliche Ersparnis" bildende Vermögenswert dem Vermögen des Bereicherungsschuldners im Rahmen des Bereicherungsausgleichs materiell nicht zugeordnet wird. Diese

(49) vgl. oben § 6 Ziff. 1, S. 62 ff;

Feststellung besagt, daß es keinen Rechtsgrund für das Behaltendürfen dieses Vermögenswertes gibt, obgleich sein Eintritt auf die wortgetreue Anwendung der §§ 812 Abs. 1 und 818 Abs. 3 zurückzuführen ist. Daß es hier trotz der bestehenden rechtlichen Regelung insoweit an einem Rechtsgrund fehlt, ist auf den Zweck des Bereicherungsrechts, einen billigen Ausgleich zu schaffen, gestützt worden. (50)

Demgegenüber hat das Reichsgericht aber ausgeführt, daß "bloße Billigkeitserwägungen" niemals dazu führen könnten, einen unter dem Schutz der Rechtsordnung erlangten Erwerb dennoch als rechtsgrundlos zu behandeln. (51) In einer späteren Entscheidung präzisiert das Reichsgericht seine Ansicht dahingehend, daß Billigkeitserwägungen *a l l e i n* nicht ausschlaggebend sein könnten. (52)

Überzeugend ist es, daß Billigkeitserwägungen nicht allein den Ausschlag geben können, sondern daneben auch andere Rechtszwecke, die möglicherweise mit der Billigkeit im Widerspruch stehen, berücksichtigt und gegen die Erfordernisse der Billigkeit und Gerechtigkeit abgewogen werden müssen. So wäre es denkbar, daß das Gesetz einen Erwerb zwar gerade nicht herbeiführen will, ihn aber wegen der von ihm verfolgten Zwecke als endgültig in Kauf nimmt. Die Rechtsordnung hat wohl in erster Linie die Aufgabe, die Gerechtigkeit zu gewährleisten. Aber ihre Ordnungsfunktion und manchmal auch die Zweckmäßigkeit zwingen sie mitunter, Lösungen anzuordnen, die im Einzelfall nicht als gerecht und billig erscheinen, sondern sich nur aus

(50) vgl. oben § 6 Ziff. 4 b, bb, S. 81 ff;

(51) RGZ 69, 246;

(52) RGZ 97, 310 (312);

jenen anderen Erwägungen rechtfertigen lassen, weil sie der Rechtssicherheit und Praktikabilität dienen. Wenn man sagt, daß der Bereicherungsanspruch Vermögensverschiebungen wieder ausgleichen soll, die zwar dem formellen Recht, nicht aber der materiellen Gerechtigkeit entsprechen, so ist dabei unter materieller Gerechtigkeit natürlich auch das zu verstehen, was von jenen anderen Zwecken der Rechtsordnung gefordert wird, obwohl es der materiellen Gerechtigkeit im engeren Sinne widerspricht. (53)

Überlegungen in dieser Richtung führen jedoch nicht dazu, den der "wirtschaftlichen Ersparnis" zugrunde liegenden Vermögenswert als gerechtfertigt ansehen zu müssen. Der Zweck des Bereicherungsrechts, einen billigen Ausgleich zu erzielen, ist gerade das Mittel zur Erreichung der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens. Der Grund hierfür liegt darin, daß ein der Billigkeit entsprechender Ausgleich der unmittelbare Zweck des Bereicherungsrechts ist und die Billigkeit Gesichtspunkte nicht erst aus dem der gesamten Rechtsordnung übergeordneten Gerechtigkeitsgedanken zu entnehmen sind.

Andererseits führt die hier vertretene Auffassung aber dazu, daß der Bereicherungsschuldner im Falle des Ausgleichs des der "wirtschaftlichen Ersparnis" zugrunde liegenden Vermögenswertes praktisch die Gefahr des

(53) vgl. Staudinger-Seufert § 812 Anm. 52 c; ebenso Larenz, Methodenlehre, S. 311 ff, wonach der Gesetzeszweck sich nach dem "Ganzen der Zwecke" bestimmt. Insbesondere wird hierbei auf die objektiven Zwecke des Rechts, wie Gerechtigkeit, Rechtssicherheit, sozialer Ausgleich und Rechtsfrieden hingewiesen. A.A. wohl Wilburg, Festschrift Graz, S. 21 f; v.Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 338 f;

Untergangs der empfangenen Leistung bis zur Höhe des Werts der Gegenleistung zu tragen hat. (54) Ernsthaftige Argumente, die dazu zwingen, trotz der genannten Erwägungen, den der "wirtschaftlichen Ersparnis" zugrunde liegenden Vermögenswert als gerechtfertigt zu betrachten, lassen sich hieraus jedoch nicht entnehmen.

Im Ergebnis entspricht die Gefahrverteilung nämlich der des § 323. Sie widerspricht allerdings § 350. § 350 ist jedoch als Gefahrverteilungsregelung im Rahmen des Rücktrittsrechts und hier insbesondere beim Rücktritt von gegenseitigen Verträgen, sehr umstritten, da § 350 zu einer von § 323 abweichenden Gefahrverteilung und deshalb auch zu wenig sachgerechten Ergebnissen führt. (55) Ohne auf den Streit, ob die Regelung des § 350 verfehlt ist oder nicht, in allen Einzelheiten eingehen zu müssen, lassen sich verschiedene Gesichtspunkte finden, aus denen sich ergibt, daß § 350 zumindest keine derart grundlegende Entscheidung des Gesetzgebers bzgl. der Gefahrverteilung enthält, daß ein bereicherungsrechtliches Abwicklungsverhältnis nur mit einer § 350 entsprechenden Gefahrverteilung denkbar ist.

Ernst Wolf hat überzeugend dargelegt, daß auch im Rahmen des Rücktrittsrechts der Gefahrverteilung des

-
- (54) vgl. unten § 7 Ziff. 1 u. 2 S. 101 ff;
(55) vgl. z.B. Erman-Westermann, H.P. § 350 Anm. 2; Palandt-Heinrichs § 350 Anm. 2; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt § 350 Anm. 1; Staudinger-Kaduk § 350 Anm. 9; BGB-RGRK-Wilde § 350 Anm. 1; Larenz, SchR. Bd. 1, § 26, S. 299; Fikentscher SchR. § 48, S. 245; Schwenn AcP 152 (1952/1953), 138 ff m.w.N. S. 148; Glass, Gefahrtragung, S. 19 ff; Diesselhorst, Natur der Sache, S. 72 ff m.w.N.; BGHZ 5, 377 ff versucht den Anwendungsbereich mit einer umstrittenen Argumentation einzuschränken. Hierzu vgl. Boehmer JZ 1952, 521 ff u. 588 ff; ders. JZ 1953, 392 ff; Mezger JZ 1953, 67 ff; ders. NJW 1953, 812 ff; Werner NJW 1952, 930; Wolf NJW 1953, 164 ff; ders. NJW 1954, 708ff;

§ 323 der Vorzug zu geben ist. (56) Daher liegt es nahe, in § 350 nicht mehr als eine Regelung über die Ausübung des Rücktrittsrechts zu sehen. (57) Aber selbst, wenn man einer gegenteiligen Auffassung folgte, wäre damit noch keineswegs gesagt, daß § 350 auch für das bereicherungsrechtliche Abwicklungsverhältnis bestimmend ist. Die Vorschriften der §§ 346 ff gelten nur für ein vertraglich wirksam vereinbartes Rücktrittsrecht. Die Gefahrverteilung des § 350 rechtfertigt sich daher in erster Linie, wenn überhaupt, aus diesem sachlichen Gesichtspunkt, von dem sich die Gesetzesverfasser bei Konzipierung des Rücktrittsrechts leiten ließen. Die Beschränkung der §§ 346 ff auf vertragliche Vereinbarungen läßt darüberhinaus erkennen, daß ihre Grundsätze nicht ohne weiteres auf alle anderen Rückabwicklungsverhältnisse, die ihren Grund nicht in einer vertraglichen Vereinbarung

Im Ergebnis weichen auch die Saldotheorie, sowie diejenigen Lösungsvorschläge, die auf einer vertraglichen oder faktischen Bindung der ausgetauschten oder auszutauschenden Leistungen aufbauen, von der sich aus § 350 ergebenden Gefahrverteilung ab. (Vgl. oben § 1 Ziff. 1 u. 2 S. 5 ff; § 2 Ziff. 2, 3, 4, 5, S. 18 ff); vgl. im übrigen auch Flume NJW 1970, 1161 ff; Wieling JuS 1973, 397 ff, der aufgrund des Grundsatzes "ne venire contra factum proprium" zu einer § 323 entsprechenden Gefahrverteilung kommt.

- (56) Wolf AcP 153 (1954), 97 ff (121, 142 ff); Die Argumente seiner Gegner, die sich im wesentlichen darauf beschränken, daß § 323 durch § 348 ausgeschlossen sei und § 350 nicht in sein Gegenteil verkehrt werden dürfe, hat Wolf widerlegt; vgl. die einschlägigen Kommentarstellen oben Note 55;
- (57) So im Ergebnis auch Enneccerus-Lehmann, SchR. § 39 S. 169 Note 4; Lehmann DRZ 1949, 280 f;

finden, ausgedehnt werden können. Schon aus diesem Grund kann aus § 350 schlecht eine Grundsatzentscheidung hergeleitet werden, die es erforderlich machte, die Rechtsgrundlosigkeit der "wirtschaftlichen Ersparnis" zu verneinen, weil sie eine § 350 entgegenstehende Gefahrverteilung zur Folge hat. (58)

Hinzu kommt noch ein weiterer Gedanke. Wollte man aus § 350 eine Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers entnehmen, so könnte man mit dem gleichen Recht begründen, daß §§ 323, 324 eine ebenso bedeutende, § 350 aber entgegenstehende Entscheidung des Gesetzgebers enthalten. Die dadurch begründeten Gegensätze müßten dann jedoch auch im Einzelfall mit Hilfe des Zwecks des in Frage stehenden Abwicklungsverhältnisses gelöst werden, wobei bei der bereicherungsrechtlichen Abwicklung die Erzielung eines billigen Ausgleichs der erlangten Vermögensvorteile im Vordergrund zu stehen hätte. Im Ergebnis müßte man also, allerdings auf einem weit umständlicheren und daher weniger überzeugenden Weg, zu den gleichen Überlegungen kommen, die dazu geführt haben, daß der "wirtschaftlichen Ersparnis" zugrunde liegende Vermögenswert rechtsgrundlos und somit eine dem § 350 widersprechende Gefahrverteilung begründet ist. Hierdurch allein wird schon deutlich, daß § 350 keinen Einfluß auf die hier vertretene Auffassung, die zu einer abweichenden Gefahrverteilung führt, haben kann. (59)

(58) Eine derart überragende Bedeutung kommt § 350 aber nicht zu. Vgl. auch Enneccerus-Lehmann, § 39, S. 168 ff; Wolf AcP 153 (1954), 97 ff (142 ff); Flume NJW 1970, 1161 ff;

(59) Flume NJW 1970, 1161 ff stellt den Gedanken, daß § 350 für das Bereicherungsrecht nicht gilt, noch einmal klar, allerdings mit einer seinem Lösungsvorschlag (vgl. oben § 2 Ziff. 3 S. 19 ff) eigenen Begründung.

Schließlich steht der angenommenen Rechtsgrundlosigkeit des der "wirtschaftlichen Ersparnis" zugrunde liegenden Vermögenswertes nicht der Gedanke entgegen, daß ein durch gesetzliche Vorschriften herbeigeführter Erwerb im Zweifel als gerechtfertigt anzusehen sei. Eine ähnlich lautende Vorschrift im 1. Entwurf zum BGB ist von der 2. Kommission gestrichen worden. (60) Hieraus ergibt sich, daß eine endgültige Entscheidung aus dem Sinn und Zweck der entsprechenden Vorschriften gefordert wird. Ein Vorgehen wie bei der Beweiswürdigung, indem man die verbleibende Ungewißheit nach den Regeln der Beweislast beiseite schiebt, verbietet sich daher. (61)

dd. Übrige Voraussetzungen für eine bereicherungsrechtliche Auskehrung der aufgetretenen "wirtschaftlichen Ersparnis"

Die Möglichkeit der bereicherungsrechtlichen Erfassung der "wirtschaftlichen Ersparnis" hängt nun noch von weiteren Gesichtspunkten ab, die sich auf das Tatbestandsmerkmal des § 812 Abs. 1 "auf dessen Kosten" beziehen. Eine Einordnung der "wirtschaftlichen Ersparnis" unter diesen Begriff bietet jedoch keine wesentlichen Schwierigkeiten.

Der Begriff "auf dessen Kosten" ist mehrschichtig. Zunächst wird gefordert, daß dem Vermögensvorteil ein Vermögensnachteil des "anderen" gegenübersteht. (62) Hieran besteht bei der dargestellten "wirtschaftlichen Ersparnis" kein Zweifel. Wie schon erwähnt, entsteht

(60) 1. Entwurf § 748 Abs. 2 bei Mugdan Bd. 2, Textteil, S. CXXXV und Protokolle der 2. Kommission, S. 1171;

(61) Staudinger-Seufert § 812 Anm. 52 c; a.A. aber v.Caemmerer, Festschrift Tabel Bd. 1, S. 364;

(62) Erman-Seiler § 812 Anm. 15; Staudinger-Seufert § 812 Anm. 6 ff m.w.N.;

die "wirtschaftliche Ersparnis" gerade, weil der Bereicherungsgläubiger seinem Bereicherungsschuldner, der sich seinerseits auf § 818 Abs. 3 beruft, in Form der Gegenleistung mehr herausgeben muß, als diesem materiell zusteht. (63) Damit ist zugleich auch die Frage der Kausalität beantwortet, da in der aufgezeigten Abhängigkeit zwischen Vermögensvorteil und -nachteil eine Kausalität im Sinne der "conditio sine qua non" liegt. (64) Ein ursächlicher Zusammenhang ist jedoch allein nicht ausreichend. Im Interesse der Rechtssicherheit muß die Reichweite der Kondiktionen vielmehr eingeschränkt werden. (65) Die h.L. fordert daher neben der Ursächlichkeit die Unmittelbarkeit

(63) vgl. oben § 6 Ziff. 4 b ff, S. 78 ff;

(64) Erman-Seiler § 812 Anm. 21; Staudinger-Seufert § 812 Anm. 8; Enneccerus-Lehmann § 221 II S. 877 f; Für einen fehlenden ursächlichen Zusammenhang wird häufig die Entscheidung RGZ 170, 252 ff zitiert. In dem entschiedenen Fall hatte der Kläger dem vorehelichen Kind seiner Ehefrau Unterhalt gewährt. Eine Unterhaltsklage gegen den Erzeuger war wegen Mehrverkehrs abgewiesen worden. Viel später wurde die blutmäßige Abstammung festgestellt. Die an den Kläger abgetretenen Unterhaltsansprüche des Kindes waren bereits verjährt, ebenso eigene Ansprüche des Klägers aus auftragsloser Geschäftsführung. Das Reichsgericht wies nun den Bereicherungsanspruch des Klägers ab, weil der Beklagte nicht durch die Leistung des Klägers, sondern durch Verjährung von seiner Unterhaltspflicht frei geworden sei. Wenn nun behauptet wird, daß die Entscheidung auf einem fehlenden ursächlichen Zusammenhang zwischen Vermögensvorteil und -nachteil beruht, so ist dies nicht zutreffend. Die Klage war vielmehr abzuweisen, weil die Ersparnis des Beklagten durch die jahrelange Nichtleistung des Unterhalts infolge der Verjährung ihm aus Gründen der Rechtssicherheit endgültig zugeordnet worden ist. (Vgl. z.B. Mayer BayZ 1918, 35 ff (38); RGZ 70, 350 ff;)

(65) vgl. die Motive, wo es heißt, daß der die Kondiktion bestimmende Tatbestand "grundsätzlich ein unmittelbarer zwischen dem Benachteiligten und Bereicherten" sein müsse. Mugdan Bd. 2, Motive, S. 463;

der Vermögensverschiebung. (66) Das Erfordernis der Unmittelbarkeit ist insbesondere in den Fällen der Leistungskondition als zu eng empfunden worden, z.B. wegen der mehrstufigen Formen des heutigen Geldverkehrs. (67) Deshalb wird der Begriff der Unmittelbarkeit mehr und mehr durch den Begriff der Einheitlichkeit des Bereicherungsvorgangs ersetzt. (68)

Die Frage, ob das Erfordernis der Unmittelbarkeit im Einzelfall zu eng ist oder nicht, bedarf in diesem Zusammenhang jedoch keiner abschließenden Erörterung. Die "wirtschaftliche Ersparnis", um die es hier geht, genügt nämlich schon den engen Anforderungen der Unmittelbarkeit, da der Übergang des Vermögenswertes von dem einen Vertragsteil auf den anderen nicht über das Vermögen eines Dritten erfolgt. (69)

-
- (66) OLG Hamburg MDR 1964, 503; RGZ 73, 173 (177); 97, 65; 106, 386; BGHZ 46, 262 ff; BGH NJW 1961, 1461; Enneccerus-Lehmann, SchR. § 221 II, S. 877 f; Larenz, SchR. Bd. 2 § 68 II, S. 407 ff beschränkt auf die Eingriffskondition; ebenso Kötter AcP 153 (1954), 193 ff (202 ff); v.Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 371; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 812 Anm. 20 m.w.N. u. 53; v. Mayr, Bereicherungsansprüche, S. 145 ff; Fikentscher, SchR. § 99 IV, S. 587; vgl. auch RGZ 154, 375; 92, 83;
- (67) vgl. v.Caemmerer JZ 1962, 388; Larenz, SchR. Bd. 2, § 68 II, S. 411; Staudinger-Seufert § 812 Anm. 8a; Soergel-Siebert-Mühl § 812 Anm. 36 ff; Esser SchR. Bd. 2, § 104 I, S. 364; OLG Hamburg MDR 1964, 503;
- (68) Die Auseinandersetzung um das Erfordernis der Unmittelbarkeit ist noch nicht abgeschlossen. Rothoefl will den Begriff der Unmittelbarkeit durch den der "sozialen Adäquanz" ersetzt wissen, AcP 163 (1964), 215 ff (266 ff); ähnlich Esser, SchR. Bd. 2, § 104 I, S. 364; Gegen die Notwendigkeit der Unmittelbarkeit haben sich ausgesprochen: Nebenzahl, Unmittelbare Vermögensverschiebung, S. 77 ff; kritisch v.Lübtow, Condictio, S. 11 ff; Einschränkung insbesondere Larenz, SchR. Bd. 2 § 68 II S. 411; Kötter AcP 153 (1954), 193 ff (202 ff);
- (69) vgl. oben Note 66; RGZ 73, 173 (177);

5. Zusammenfassende Beurteilung

Der gutgläubigen Partei eines nichtigen gegenseitigen Vertrags steht nach Leistungsaustausch sowohl das Recht auf Herausgabe der erbrachten Leistung als auch die Möglichkeit, sich auf den ersatzlosen Wegfall der empfangenen Leistung zu berufen, gleichzeitig zu. War die Erbringung der Gegenleistung zum Erwerb des guten Glaubens i.S.d. § 818 Abs. 3 erforderlich, so kann sich im Rahmen der Abwicklung aus dem Verhältnis der beiden Rechte für den Berechtigten ein Vermögensvorteil ergeben. Beruft sich der gutgläubige Vertragspartner, der die erbrachte Gegenleistung zurückerhält, auf den ersatzlosen Wegfall der empfangenen Leistung, so genießt er die Vorteile aus § 818 Abs. 3, ohne die zur Erlangung dieses Rechts erforderlichen Aufwendungen tatsächlich gemacht zu haben. Der sich hieraus für den Berechtigten ergebende Vermögensvorteil stellt aus wirtschaftlicher Sicht eine Ersparnis dar. Die Höhe dieser "wirtschaftlichen Ersparnis" hängt einerseits von dem Umfang des wirtschaftlichen Vorteils ab, der durch das Recht aus § 818 Abs. 3 erreicht wird. Andererseits kann die "wirtschaftliche Ersparnis" aber den Wert der zurück-erlangten Gegenleistung nicht übersteigen. Diese zweifache Begrenzung ergibt sich aus der Natur des als "wirtschaftliche Ersparnis" bezeichneten Vermögensvorteils. Denn ein Vermögensvorteil kann bei Zusammen-treffen der Rechte aus § 818 Abs. 3 mit dem Anspruch auf Herausgabe der erbrachten Gegenleistung nur in dem Umfang entstehen, in dem sich der Wert der zurück-erlangten Gegenleistung mit dem Wert des wirtschaftlichen Vorteils aus § 818 Abs. 3 überschneidet. Bei dem die "wirtschaftliche Ersparnis" begründenden Vermögensvorteil handelt es sich um einen Erwerb "in sonstiger Weise" (§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt.). Er ist nicht unmittelbar auf eine Leistung zurückzuführen,

sondern findet seinen Grund in dem Spannungsverhältnis, das zwischen den Rechten aus § 818 Abs. 3 und dem Anspruch auf Herausgabe der erbrachten Gegenleistung (§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt.) dann besteht, wenn zur Erlangung des guten Glaubens i.S.d. § 818 Abs. 3 die Erbringung der Gegenleistung erforderlich war. Der die "wirtschaftliche Ersparnis" begründende Vermögensvorteil muß außerdem auch als rechtsgrundlos betrachtet werden, weil er dem Vermögen des jeweiligen Vertragspartners nur formell, nicht aber materiell zugeordnet wird. Daher ist im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Abwicklung dieser Vermögensvorteil auszugleichen. Hierfür steht ein eigener Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. zur Verfügung.

Der Gedanke, daß bei der bereicherungsrechtlichen Abwicklung eines beidseitig erfüllten gegenseitigen Vertrags ein zusätzlicher Bereicherungsanspruch Bedeutung erlangt, mag zunächst fremd erscheinen. Er ist aber keineswegs so ungewöhnlich, wie es im ersten Augenblick erscheint. Eine vergleichbare Situation besteht auch bei Anwendung der Saldotheorie, z.B. dann, wenn die von A empfangene Leistung des B, ein Tonbandgerät, noch vorhanden ist, die von A an B erbrachte Leistung, ein Motorroller, bei diesem aber noch vor Kenntnis der Nichtigkeit des Vertrags ersatzlos untergegangen ist. Eine Saldierung scheidet hier aus, da die §§ 812, 818 Abs. 1 fordern, daß die empfangene Leistung - sofern noch möglich - in ihrer gegenständlichen Form herauszugeben ist. B erhält also von A sein Tonbandgerät zurück. B hingegen soll, obwohl die Voraussetzungen für die sog. "verschärfte Haftung" i.S.d. §§ 818 Abs. 4, 819 ff nicht gegeben sind, verpflichtet sein, dem A den Motorroller zu ersetzen, wobei für die Höhe des Wertersatzanspruchs der Wert des zurückerlangten Tonbandgerätes ausschlag-

gebend ist. Dieser Wertersatzanspruch des A gegen B wird, soweit die Saldotheorie mit einer synallagmatischen Bindung begründet wird, mit einer hierdurch bedingten eingeschränkten Anwendbarkeit des § 818 Abs. 3 erklärt. (70) Der hier begründete Anspruch auf Herausgabe bzw. Ersatz der "wirtschaftlichen Ersparnis", die infolge des Zusammentreffens der Rechte aus § 818 Abs. 3 mit dem Anspruch auf Rückgewähr der erbrachten Gegenleistung in der Hand des einen Vertragspartners entstehen kann, unterscheidet sich von dem dargestellten Wertersatzanspruch der Saldotheorie nur in der Begründung.

Die technische Durchführung des Bereicherungsausgleichs unter Einbeziehung des Anspruchs auf Herausgabe der "wirtschaftlichen Ersparnis" gestaltet sich daher auch nicht anders als in den Fällen, in denen unter Anwendung der Saldotheorie der beschriebene Wertersatzanspruch auszugleichen ist.

IV.

Einzelfragen des Bereicherungsausgleichs bei nichtigen gegenseitigen Verträgen

Die bisherigen Ausführungen beschränkten sich auf die Darstellung der Grundlagen für einen neuen Weg zur Lösung der Probleme, die die bereicherungsrechtliche Abwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge bietet. Zu welchen Ergebnissen der entwickelte Lösungsweg im Einzelfall führt, wird Gegenstand der folgenden Erörterungen sein.

(70) vgl. insbesondere Leser, Faktisches Synallagma, S. 53 ff;

Insbesondere in den Fällen des Bereicherungsausgleichs bei Bösgläubigkeit der Vertragsparteien, bei einseitiger Erfüllung und bei Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts werden zusätzliche rechtliche Fragen auftauchen, die im wesentlichen den Umfang der bereicherungsrechtlichen Haftung unter Ausschluß der Begünstigung aus § 818 Abs. 3 und dessen Einordnung in das Haftungssystem des BGB betreffen. Für sie soll ebenfalls eine Lösungsmöglichkeit aufgezeigt werden. Manche Probleme, die bei einem Bereicherungsausgleich nach den vorgeschlagenen Grundsätzen tangiert werden, wie z.B. das sehr umstrittene Rangverhältnis zwischen den §§ 812 ff und 987 ff, werden zwar im Rahmen dieser Arbeit nicht abschließend geklärt werden können. Der Vorschlag eines neuen Lösungswegs für die bereicherungsrechtliche Abwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge verpflichtet aber dazu, wenigstens einen denkbaren Weg zur Lösung der Probleme zu nennen, die mit ihm in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Ob und welchen Einfluß die Art der Nichtigkeitsgründe, insbesondere §§ 105, 107 ff auf die bereicherungsrechtliche Abwicklung haben, wird einem weiteren Abschnitt vorbehalten.

§ 7

Bereicherungsausgleich bei Rechtswirksamkeit der dinglichen Rechtsgeschäfte und Gutgläubigkeit des Bereicherungsschuldners

1. Bei Erwerb der Rechtsstellung aus § 818 Abs. 3 durch Erbringung der Gegenleistung

Die Darstellung der Einzelheiten des Bereicherungsausgleichs soll an folgende Situation anschließen:

B hat von A aufgrund eines Tauschvertrags einen Motorroller und A von B ein Tonbandgerät erhalten. Der Motorroller geht ohne Verschulden bei B ersatzlos unter. Später stellt sich heraus, daß der schuldrechtliche Vertrag, nicht aber das Erfüllungsgeschäft nichtig war. A verlangt jetzt gegen Herausgabe des Tonbandgerätes Ersatz für den Motorroller.

Zu dem Zeitpunkt, in dem der Motorroller ersatzlos untergegangen ist, hat B auf die Endgültigkeit seines Erwerbs vertraut. Deshalb kann er die Begünstigung aus § 818 Abs. 3 für sich in Anspruch nehmen. Danach wäre er weder zur Herausgabe noch zum Wertersatz des Motorrollers verpflichtet. Da er aber seinerseits die Rechte aus § 818 Abs. 3 nur erworben hat, indem er selbst das Tonbandgerät, das er nun zurückverlangen kann, als Gegenleistung an A erbracht hat, hat er aus wirtschaftlicher Sicht etwas erspart. Maßgebend für die Höhe dieser "wirtschaftlichen Ersparnis" ist der Wert der wirtschaftlichen Vorteile aus § 818 Abs. 3, der seinerseits aber begrenzt wird durch den Wert der zurückerlangten Gegenleistung. (1) Hatte das Tonbandgerät einen höheren Wert als der Motorroller, so ist die herauszugebende Ersparnis nicht höher als der objektive Wert des Motorrollers, da der aus § 818 Abs. 3 erlangte Vorteil nur dem Wert des Motorrollers entspricht und nur in diesem Umfang durch das Zusammentreffen der Rechte aus § 818 Abs. 3 und § 812 Abs. 1 eine doppelte Begünstigung des B besteht, die ungerechtfertigt ist.

Hatte das Tonbandgerät hingegen einen niedrigeren Wert als der Motorroller, so tritt nur in Höhe des objektiven Werts des Tonbandgeräts eine ungerechtfertigte "wirtschaftliche Ersparnis" auf. Zwar übersteigt hier

(1) vgl. oben § 6 Ziff. 3 S. 72 ff;

der objektive Wert der Vorteile aus § 818 Abs. 3 den der zurückerlangten Leistung. Dennoch kann eine ungerechtfertigte "wirtschaftliche Ersparnis" nur in Höhe des Werts der zurückerlangten Gegenleistung eintreten, da zur Erlangung der Rechte aus § 818 Abs. 3 nicht mehr als die Erbringung der Gegenleistung erforderlich war und kein höherer Wert in das Vermögen des B zurückfließt. Eine ungerechtfertigte "wirtschaftliche Ersparnis" in Höhe des bei Gültigkeit des Vertragsverhältnisses erzielten Überschusses (Gewinn) tritt also nicht ein. Somit wird B hinsichtlich des Überschusses aufgrund § 818 Abs. 3 von jeder Verpflichtung frei.(2)

In dem Fall, in dem nicht nur die von B empfangene, sondern auch die von B an A erbrachte Leistung ersatzlos untergegangen ist, bestehen zwischen den Parteien keine Herausgabepflichten mehr (§ 818 Abs. 3). Dies gilt auch, wenn die ausgetauschten Leistungen einen unterschiedlichen Wert hatten. Eine ungerechtfertigte "wirtschaftliche Ersparnis" kann, da ihr Eintreten von dem Anspruch auf Herausgabe der Gegenlei-

(2) vgl. oben § 6 Ziff. 3 S.72 ff; Ist die Gegenleistung ohne Verschulden aber an einen Dritten gelangt, so tritt dennoch aufgrund der Weggabe der Leistung bei dem Leistenden, der die Bedeutung des Austauschverhältnisses realisiert hat, das Vertrauen auf den Bestand der empfangenen Leistung ein. Er kann daher auch die Rechte aus § 818 Abs. 3 bzgl. der empfangenen Leistung geltend machen. Eine ungerechtfertigte "wirtschaftliche Ersparnis" gegenüber dem Bereicherungsgläubiger tritt nur ein, wenn der Bereicherungsschuldner die fehlgeleitete Gegenleistung bzw. deren Wert zurückerhält. Dies wird fast immer möglich sein, weil der Dritte wenigstens in der Regel kein Vertrauen auf den Bestand der empfangenen Leistung haben kann. Dies gilt auch, falls der Dritte nicht Eigentümer werden konnte. (Vgl. unten § 8 S. ff u. § 10 S. 153 ff; Zu den Problemen der Leistung an Dritte im Rahmen der Saldotheorie vgl. Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 14 m.w.N.;

stung abhängig ist, nicht auftreten. Auch dieses Ergebnis zeigt, daß durch die hier entwickelten Grundsätze für die bereicherungsrechtliche Abwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge der Grundsatz gewahrt bleibt, daß derjenige, dessen empfangene Leistung mehr wert war, als die weggegebene, unter den Voraussetzungen des § 818 Abs. 3 keinesfalls für den Verlust der Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung einzustehen hat. (3)

In tatsächlicher Hinsicht etwas schwieriger ist die Feststellung der Höhe der "wirtschaftlichen Ersparnis", wenn der Fall eintritt, daß bei beiden Vertragsparteien nur ein Teil der empfangenen Leistungen untergegangen ist und beiden insoweit die Rechte aus § 818 Abs. 3 zustehen. Nahe liegt der Gedanke, daß nun bei jeder Vertragspartei eine ungerechtfertigte "wirtschaftliche Ersparnis" entsteht, sofern die verbliebenen Leistungsreste zurückgetauscht werden. Dies trifft aber nicht zu. Eine Ersparnis findet sich nur bei demjenigen Vertragspartner, bei dem der Vorteil, den er selbst aufgrund § 818 Abs. 3 infolge des teilweisen Wegfalls der Herausgabepflicht der empfangenen Leistung erlangt hat, höher ist als der Nachteil, den er hinnehmen muß, weil sich der andere Vertragspartner ebenfalls auf § 818 Abs. 3 berufen kann und deswegen nur den Rest der seinerseits empfangenen Leistung zurückzugeben braucht.

Für die Ermittlung der Höhe der ungerechtfertigten "wirtschaftlichen Ersparnis" ist in jedem Fall der objektive Wert der Leistungen im Zeitpunkt des Leistungsaustausches maßgebend. (4) Die Notwendigkeit

(3) vgl. oben § 6 Ziff. 3, 4 S. 72 ff;
(4) Goetzke AcP 173 (1973), 289 ff; a.A. Koppensteiner NJW 1971, 1769 ff, der den subjektiven Wertbegriff gelten lassen will; ders. NJW 1971, 588 ff;

hierfür ergibt sich aus verschiedenen Gesichtspunkten. Wäre der Motorroller nicht untergegangen, so könnte A im Ausgangsfall nur den Motorroller verlangen. Das Gesetz ordnet ihm also nicht mehr als den tatsächlichen bzw. objektiven Wert des Motorrollers wieder zu. Wollte man jedoch den Wert der ausgetauschten Leistungen und damit den der "wirtschaftlichen Ersparnis" nach subjektiven Gesichtspunkten bemessen, so würde u.U. derjenige, demgegenüber die "wirtschaftliche Ersparnis" auszugleichen ist, wertmäßig mehr erhalten, als ihm das Gesetz im Normalfall zugesteht. Denn selbst, wenn der Motorroller weniger wert gewesen wäre als das Tonbandgerät, so hätte er subjektiv für B dennoch denselben Wert wie das Tonbandgerät. Da die wirtschaftlichen Vorteile aus § 818 Abs. 3 dann dem Wert des zurückerlangten Tonbandgerätes entsprächen, wäre von einer ungerechtfertigten "wirtschaftlichen Ersparnis" in dieser Höhe auszugehen. Sie müßte gegenüber A ausgeglichen werden, obwohl A, wäre die von B empfangene Leistung nicht untergegangen, ohne Rücksicht auf irgendwelche subjektiven Wertfestsetzungen nur den Motorroller zurückerlangt hätte.

Hinzu kommt ein weiteres: Die Grundlagen für die subjektive Bewertung der Vorteile aus § 818 Abs. 3 bzw. der Leistungen müßte aus der schuldrechtlichen Vereinbarung entnommen werden. Allein durch sie kommt zum Ausdruck, daß für B persönlich der Motorroller den Wert des Tonbandgerätes hatte. Infolge der Nichtigkeit der vertraglichen Vereinbarungen fehlt es aber an einer Grundlage für die Berücksichtigung dieser Entscheidung. (5)

(5) Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 103 ff, 150 ff, 165 ff hat seinen Lösungsvorschlag auf einer entsprechenden vermögensmäßigen Entscheidung aufgebaut. Er verfolgt diesen Gedanken aber nicht konsequent, wenn er seine These wiederum, dem Grunde nach auch zutreffend, einschränkt und ausführt, bei einem gegenseitigen Vertrag dürfe der Verlust des Erwerbs niemals zu einer Minderung des Berei-

2. Bei subjektiver Verkennung der Gegenleistungspflicht

Die Situation, in der einer der Geschäftspartner das Austauschverhältnis bewußtseinsmäßig nicht realisiert hat bzw. realisieren konnte, wird nur sehr selten eintreten. Denkbar ist sie überhaupt nur, wenn Geistes- kranke, Minderjährige oder Kinder an dem Vertrag beteiligt waren. Aber auch hier gehört sie keinesfalls zur Regel. Ohne den späteren Ausführungen über die Stellung der Geisteskranken und Minderjährigen vorwegzugreifen, kann hier schon gesagt werden, daß die mangelhafte Fähigkeit zur bewußtseinsmäßigen Erfassung des Austauschverhältnisses nur auf ganz erheblichen geistigen Störungen oder einer weit von der Norm abweichenden geistigen Reife Minderjähriger beruhen kann. (6)

Hat B in dem genannten Ausgangsfall das Austauschverhältnis des beabsichtigten gegenseitigen Vertrags bewußtseinsmäßig nicht erfaßt, so war für die Entstehung des Vertrauens auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung die Erbringung der Gegenleistung nicht erforderlich. (7) Daher entsteht trotz Rückgewähr der Gegenleistung und der gleichzeitigen Geltendmachung der Rechte aus § 813 Abs. 3 keine ungerechtfertigte "wirtschaftliche Ersparnis" (8) Für B richtet sich

cherungsanspruchs unter den Wert der Gegenleistung, welche der Erwerber willentlich, - wenn auch rechtsgeschäftlich nichtig, - vereinbart hat. Trotz der von subjektiven Gesichtspunkten getragenen vermögensmäßigen Entscheidung wird bei der Abwicklung im Einzelfall der objektive Wert der Leistungen zugrunde gelegt. Auch die anderen Lösungsvorschläge (vgl. oben § 2 Ziff. 2, 4, 5 S. 18 ff), die von einer faktischen oder rechtsgeschäftlichen Bindung ausgehen, richten sich, sofern ein Wertersatzanspruch in Frage steht, wohl nach dem objektiven Wert der untergegangenen Leistung.

- (6) vgl. unten Abschnitt V, S. 166 ff;
- (7) vgl. oben § 5 Ziff. 2 b. S. 58 ff;
- (8) vgl. oben § 6 S. 62 ff;

die Abwicklung des fehlgeschlagenen Tauschvertrags nach den Grundsätzen der Zweikonditionenlehre. (9) A muß die von B empfangene Leistung herausgeben, ohne daß er seinerseits etwas erhält.

Gleiches gilt aber nicht, wenn statt bei B bei dessen gutgläubigen Vertragspartner A, der anders als B die Bedeutung des Austauschverhältnisses bewußtseinsmäßig erfaßt hat, die von B empfangene Leistung ersatzlos untergegangen ist. Zur Erlangung des guten Glaubens i.S.d. § 818 Abs. 3 war es in diesem Fall erforderlich, daß A seinerseits die versprochene Gegenleistung an B erbracht hat. (10) Bei A tritt daher im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Abwicklung eine ungerechtfertigte "wirtschaftliche Ersparnis" auf, da er die an B erbrachte Gegenleistung, die aufzuwenden war, zurückerhält, gleichzeitig aber dennoch die Rechte aus § 818 Abs. 3 geltend machen kann. (11) Die Höhe der Ersparnis entspricht dabei, - wie schon dargelegt (12), - den wirtschaftlichen Vorteilen aus § 818 Abs. 3, die ihrerseits durch den Wert der zurückerlangten Gegenleistung begrenzt werden.

A hat demnach, sofern sein Geschäftspartner B die Bedeutung des Austauschverhältnisses bewußtseinsmäßig nicht erfaßt hat, trotz Gutgläubigkeit sowohl die Gefahr für die weggegebene als auch die Gefahr für die empfangene Leistung zu tragen.

-
- (9) vgl. oben Einleitung, I S. 2 Note 5;
(10) vgl. oben § 5 Ziff. 2 a S. 59 ff u. § 7 Ziff. 1 S. 101 ff; Bedenkt man aber, daß die geistige Entwicklung eines Vertragspartners, die dazu führen kann, daß das Austauschverhältnis bewußtseinsmäßig nicht realisiert werden kann, völlig von der Norm abweichen muß, so wird diese Tatsache dem Vertragspartner kaum verborgen bleiben können. Er wird deshalb trotz Erbringung der Gegenleistung in aller Regel bösgläubig und nur in Ausnahmefällen gutgläubig sein.
(11) vgl. oben § 6 S. 62 ff und § 7 Ziff. 1 S. 101 ff;
(12) vgl. oben § 7 Ziff. 1 S. 101 u. § 6 Ziff. 3 S. 72 ff;

Die verhältnismäßig strenge bereicherungsrechtliche Haftung des gutgläubigen A und die ihr zugrunde liegende Gefahrverteilung ist Ausdruck des Prinzips, daß der Schutz derjenigen, die wegen ihrer völlig von der Norm abweichenden geistigen Entwicklung nicht in der Lage sind, die Bedeutung ihres rechtsgeschäftlichen Handelns bewußtseinsmäßig zu erfassen, höher zu bewerten ist, als der Schutz des guten Glaubens. (13) Der Schutz dieses Personenkreises vor den nachteiligen Folgen der Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr liegt demnach schon in dem System des Bereicherungsrechts begründet und muß nicht erst durch eine Korrektur der Ergebnisse aufgrund des allgemeinen Prinzips des Schutzes der Geisteskranken und Minderjährigen verwirklicht werden. (14) Für den hier in Frage kommenden Personenkreis bietet die bereicherungsrechtliche Haftung auf dieser Grundlage zudem einen weit wirk-

-
- (13) Daß dieser Personenkreis geschützt werden soll ergibt sich aus §§ 105 ff, 827 ff. Mit Canaris ist davon auszugehen, daß das Prinzip des Schutzes der Geisteskranken und Minderjährigen ein Fundamentalprinzip unserer Rechtsordnung ist, das dem des Vertrauensschutzes übergeordnet ist. Canaris, Feststellung, S. 104 f; ders. NJW 1964, 1988 ff m.w.N.. Dieser Gedanke spielt auch bei allen bisherigen Erörterungen im Zusammenhang mit § 818 Abs. 3 eine entscheidende Rolle (vgl. oben S 1 und 2 S. 5 ff m.w.N.). Welchen Umfang das Prinzip des Schutzes der Geisteskranken und Minderjährigen letztlich hat, ist eine Frage, die nicht das Rangverhältnis zwischen beiden Prinzipien betrifft und später noch behandelt werden wird (vgl. unten Abschnitt V, S. 166 ff). Ihre Beantwortung gibt nur darüber Aufschluß, in welchem Umfang das Prinzip des Vertrauensschutzes durch das des Schutzes der Geisteskranken und Minderjährigen eine Einschränkung erfährt.
- (14) Vgl. die Lösungswege oben unter § 2 Ziff. 3, 4, 5, 7 S. 19 ff, sowie die Saldotheorie oben unter § 1 Ziff. 1, 2 S. 5 ff; Bei ihnen mußte aus dem Gesichtspunkt des Schutzes der Geisteskranken und Minderjährigen das von ihren Verfassern für den Regelfall als zutreffend erachtete Ergebnis wieder eingeschränkt werden, mit der Folge, daß zumindest insoweit nur die Zweikonditionenlehre angewendet werden konnte. (Vgl. auch oben § 3 S. 35 ff die Zusammenstellung).

sameren Schutz als die Zweikonditionenlehre, deren Ergebnisse bisher als einzig mögliche Verwirklichung des sich aus §§ 105 ff, 827 ff ergebenden Prinzips des Schutzes der Geisteskranken und Minderjährigen angesehen wurden. (15) Die Frage, ob die von der schutzbedürftigen Person erbrachte Gegenleistung oder ihr Wert in deren Vermögen bleibt, hängt nicht mehr davon ab, bei welchem der Vertragspartner die empfangene Leistung untergegangen ist. Nur wenn auf beiden Seiten die empfangenen Leistungen ersatzlos untergegangen sind, hat auch der Vertragspartner, der das Austauschverhältnis bewußtseinsmäßig nicht realisieren konnte, den Verlust der eigenen, erbrachten Leistung zu tragen.

Der gute Glaube des A findet jedoch insofern Berücksichtigung als die Haftung nach § 819, deren Umfang in dem folgenden Kapitel dargestellt wird, nicht eingreift.

§ 8

Bereicherungsausgleich bei Rechtswirksamkeit der dinglichen Rechtsgeschäfte und Bösgläubigkeit des Bereicherungsschuldners

1. Die Unzulänglichkeit der herrschenden Meinung

Folgt man der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Lehre über die Haftung desjenigen Vertragspartners eines nichtigen gegenseitigen Vertrags, bei dem die empfangene Leistung zu einem Zeitpunkt nach Eintritt der Bösgläubigkeit untergegangen ist, so zeigt sich im Verhältnis zu den bisher dargelegten

(15) vgl. die Zusammenstellung oben § 3 S. 35 ff; Einleitung I, S. 1 ff;

Ergebnissen des vorgeschlagenen Lösungswegs ein erheblicher Widerspruch.

Zur näheren Darstellung soll wiederum die Sachlage dienen, die bei einem nichtigen Tauschvertrag zwischen A und B nach Leistungsaustausch besteht.

Kannte B zu dem Zeitpunkt, als bei ihm die empfangene Sache ersatzlos unterging, schon die Nichtigkeit des schuldrechtlichen Vertragsverhältnisses, so kann anders als in den bisher erörterten Fällen § 818 Abs. 3 im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Abwicklung nicht mehr eingreifen. Da B bösgläubig war, sind für den Umfang seiner bereicherungsrechtlichen Verpflichtungen, - jedenfalls nach h.M., - ausschließlich §§ 818 Abs. 4 und 819 maßgebend. (1) Dort ist bestimmt, daß B die gleichen Verpflichtungen treffen, wie wenn der Herausgabeanspruch im Zeitpunkt des Untergangs der empfangenen Leistung schon rechtshängig gewesen wäre. Hierin liegt ein Verweis auf die Bestimmung des § 818 Abs. 4, wonach nach Rechtshängigkeit die "allgemeinen Vorschriften" zu gelten haben. Das heißt, daß sich nunmehr der Bereicherungsanspruch, dem B ausgesetzt ist, nach §§ 285 ff, 291, 292, 987 ff richtet. Danach ist B, so die h.M., nur in zwei Fällen nicht von der Haftung frei geworden, zum einen im Falle des verschuldeten Untergangs, zum anderen im Falle des unverschuldeten Untergangs nach Eintritt des Verzugs. In beiden Fällen ist B zum Schadensersatz ver-

(1) Vgl. für viele: Erman-Seiler § 818 Anm. 34 ff; § 819 Anm. 1 ff; Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 50; § 819 Anm. 1 ff; Staudinger-Seufert § 818 Anm. 52 ff; § 819 Anm. 1 ff; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 818 Anm. 45 ff; § 819 Anm. 1 ff; Palandt-Thomas § 818 Anm. 7; § 819 Anm. 1 ff; Fikentscher SchR. § 100 VII, S. 601; Larenz SchR. Bd. 2 § 70 IV S. 443 ff; Esser, SchR. Bd. 2 § 105 III S. 384 f; Enneccerus-Lehmann SchR. § 227 IV, S. 914; a.A. v. Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. I, S. 368;

pflichtet (§§ 292, 989 ff). (2) Er hat dem A den Schaden zu ersetzen, der dadurch entstanden ist, daß die von B empfangene Leistung an A nicht mehr zurückgegeben werden kann.

Eine allgemeine Wertersatzpflicht im Falle des unverschuldeten bzw. zufälligen, ersatzlosen Untergangs der empfangenen Leistung, die weniger weitgehend wäre als eine Verpflichtung zum Ersatz des eingetretenen Schadens, wird verneint. (3) Die Verneinung eines Wertersatzanspruchs nach zufälligem, ersatzlosem Untergang der empfangenen Leistung hat nun zur Folge, daß B trotz seiner Bösgläubigkeit, solange er sich nicht im Verzug befindet, im Verhältnis zu der bereits dargestellten Haftung bei Gutgläubigkeit weniger streng haften würde. Wäre B nämlich gutgläubig gewesen, so hätte er die bei der bereicherungsrechtlichen Abwicklung auftretende Ersparnis auszugleichen, die je nach Sachlage entweder dem Wert der empfangenen oder aber dem der weggegebenen Leistung entspricht, und dies ohne Unterschied, ob die empfangene Leistung bei

-
- (2) Erman-Seiler § 818 Anm. 36; § 819 Anm. 7; Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 50; Staudinger-Seufert § 818 Anm. 52 ff, 56; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 818 Anm. 47; Palandt-Thomas § 818 Anm. 7c; Fikentscher, SchR. § 100 VII S. 601 ff; Larenz, SchR. Bd. 2 § 70 IV, S. 443 ff; Esser, SchR. Bd. 2 § 105 III, S. 386; Enneccerus-Lehmann, SchR. § 227 IV, V S. 914 ff; RG SeuffA. 81 Nr. 128; RG JW 1918, 133 m.Anm. v. Mendelsohn-Bartholdy; RG HRR 1938 Nr. 511; DR 1939, 634; vgl. auch BVerwGE 11, 283 ff (288 ff); 18, 72 ff (76 ff); 25, 291 ff (297 ff); sowie die §§ 987 ff; Statt aller die Kommentierung hierzu bei Staudinger-Berg § 989 Anm. 1 u. 3; § 990 Anm. 3; Koppensteiner NJW 1971, 588 ff und 1769 ff;
- (3) vgl. Note 2; Er wird im wesentlichen deshalb abgelehnt, weil sich ein solcher aus §§ 292, 987 ff nicht ergibt. Staudinger-Seufert § 818 Anm. 56 meinen wohl, daß insoweit trotz der vorliegenden Bösgläubigkeit § 818 Abs. 3 weiter gilt und einen Wertersatzanspruch aus § 818 Abs. 2 bei zufälligem Untergang ausschließt.

ihm durch Zufall oder durch sein Verschulden untergegangen ist. Eine derartige Ersparnis kann jedoch im Falle der Bösgläubigkeit nicht eintreten, da anders als bei § 818 Abs. 3 für die nach h.M. bei zufälligem Untergang der empfangenen Leistung gemäß § 292, 989 ff eintretende Haftungsbefreiung des B die Erbringung der nunmehr von A an B zurückzugewährenden Leistung nicht erforderlich war.

Daß im Ergebnis den Bösgläubigen, der sich nicht im Verzug befindet, eine weniger scharfe Bereicherungshaftung trifft als den Gutgläubigen, läßt sich jedoch mit dem System des BGB, nach dem der Gutgläubige gegenüber dem Bösgläubigen in der Regel begünstigt wird, nicht vereinbaren. (4) Der Umstand, daß sich der

-
- (4) Vgl. die im BGB enthaltenen zahlreichen Vorschriften zum Schutz des guten Glaubens, oben § 5 Ziff. 3 S. 46 Note 13; Bei der Saldotheorie (oben § 1 S. 5 ff) und den anderen Lösungswegen, deren Grundlage eine vertragliche oder quasi-vertragliche Bindung zwischen Leistung und Gegenleistung ist (vgl. oben § 2 Ziff. 2,3,4,5 S. 18 ff), tritt dieser Widerspruch wohl nicht auf, da die Bindungswirkung auch bei Bösgläubigkeit eines Vertragspartners fortbestehen soll. Es soll dabei keinen Unterschied machen, ob nun die einseitige Haftungsbefreiung, die sich durch die Bindung zwischen Leistung und Gegenleistung nicht in vollem Umfang auswirken kann, auf § 818 Abs. 3 oder aber auf §§ 819, 292, 987 ff, 275 zurückzuführen ist. (Vgl. ausdrücklich v. Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 385, der, ohne weitere Nachweise zu liefern, diesen Gedanken als gefestigt ansieht.) Dies wird jedoch nicht immer klar gezeigt. Vgl. z.B. nur Esser, SchR. Bd. 2 § 105 III, S. 386. Er sagt: "Die Verweisung in § 818 Abs. 4 begründet eine Mindesthaftung. War das Erlangte etc. beim Eintritt der verschärften Haftung noch herausgebbar, so trägt der Betroffene von nun an nur noch das Risiko des zufälligen Untergangs oder Wertverlusts des Kondiktionsobjekts." Wer der Betroffene sein soll, wird nicht gesagt. Ist der Betroffene aber der Bösgläubige, so trägt er nicht nur die Gefahr des zufälligen Untergangs, sondern auch und gerade die Gefahr des verschuldeten Untergangs (§§ 819, 989 ff). Ist mit dem Betroffenen hingegen der gutgläubige Vertragspartner gemeint, so kann dieser nur dann die

Bösgläubige wohl regelmäßig im Verzug befinden wird und deshalb auch bei zufälligem Untergang Schadensersatz zu leisten hat, ist nicht geeignet, den Widerspruch im Haftungssystem zu beseitigen oder zu mildern.

(5) Durch das Hinzutreten des Verzugs, eines eigenständigen für den Haftungsumfang bedeutsamen Rechtsinstituts, wird lediglich der in den Grundsätzen vorhandene Widerspruch überdeckt.

Es bleibt daher zunächst zu fragen, ob der von der h.M. aufgrund § 819 Abs. 1 angenommene Haftungsumfang bei Bösgläubigkeit wirklich zutreffend ist. Hieran besteht, abgesehen von dem aufgezeigten Widerspruch, der nur den Anlaß für diese Fragestellung gab, erheblicher Zweifel. Bedenkt man nämlich, daß allein § 818 Abs. 3 eine Begünstigung des auf die Endgültigkeit des Erwerbs Vertrauenden darstellt, so kann, fehlt es an diesen Voraussetzungen im Falle der Bösgläubigkeit, nur § 818 Abs. 3 nicht angewendet werden. Daß bei einem Ausscheiden der Anwendbarkeit des § 818 Abs. 3 wegen des Untergangs der empfangenen Leistung zugleich die Haftung nach den verbleibenden Vorschriften der §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 1 und 2, die einen Wertersatzanspruch

Gefahr des zufälligen Untergangs der von dem Bösgläubigen empfangenen Leistung tragen, wenn die Saldotheorie keine Anwendung findet. Andere z.B. Larenz, SchR. Bd. 2, Fikentscher, SchR. und die einschlägigen Kommentare sagen hierüber überhaupt nichts aus. Auch wird bei Diesselhorst, Natur der Sache, S. 52 ff nicht klar, ob die für § 818 Abs. 3 als zutreffend erachtete Auslegung auch für die Befreiung von der Rückleistungspflicht gem. §§ 819, 292, 989 ff, 275 gilt. Nur im letzteren Fall würde der Bösgläubige bei zufälligem Untergang der empfangenen Leistung nicht weniger streng haften als im Falle der Gutgläubigkeit.

(5) Vgl. Erman-Seiler § 819 Anm. 7; Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 50;

zum Inhalt hätte, ausgeschlossen ist, kann nicht, - jedenfalls nicht ohne weiteres, - angenommen werden. Die Möglichkeit eines Wertersatzanspruchs aufgrund der §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 1 und 2 wurde aber bisher in diesem Zusammenhang völlig außer Acht gelassen. Obwohl die Erkenntnis, daß § 818 Abs. 3 nur für Gutgläubige gilt und deswegen auch nur diese Vorschrift bei Bösgläubigkeit nicht zur Anwendung kommen kann, nicht neu ist, konzentrierten sich die Erörterungen über den Haftungsumfang der Bösgläubigen nach Wegfall der empfangenen Leistung allein auf § 819. (6)

2. Der "eigentliche Bereicherungsanspruch" -
Folgerungen aus der Ausnahmeregelung des
§ 818 Abs. 3 für den Umfang der Haftung nach
den übrigen Bereicherungsregeln

Die Stellung des § 818 Abs. 3 als Ausnahmeregelung für den gutgläubigen Bereicherungsschuldner im System des Bereicherungsrechts zwingt zu der Frage, welchen Umfang der Bereicherungsanspruch hat, wenn die Ausnahmeregel des § 818 Abs. 3 nicht eingreift ("eigentlicher Bereicherungsanspruch"). V. Caemmerer (7) hat, soweit ersichtlich, hierzu als erster eine Aussage gemacht. Für ihn ergibt sich der "eigentliche Bereicherungsanspruch" aus §§ 812, 818 Abs. 1, 2 u. 4, 819 ff. (8) Ihm ist zuzustimmen. Die Stellung des

-
- (6) Staudinger-Seufert § 818 Anm. 56 wollen trotz Bösgläubigkeit § 818 Abs. 3 bei zufälligem Unter-
gang weiter gelten lassen. Wie sich eine Weiter-
geltung mit der Tatsache vereinbaren soll, daß
§ 818 Abs. 3 nur eine Begünstigung im Falle der
Gutgläubigkeit ist, bleibt allerdings offen.
 - (7) V. Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 368;
Larenz, SchR. Bd. 2 § 70 II, S. 439; BGHZ 55,
128 ff (135);
 - (8) Die §§ 814, 815, 817 sind gegenüber dem "eigent-
lichen Bereicherungsanspruch" als Ausnahmeregeln
anzusehen. Ebenso nimmt § 816 wegen seines von
§ 812 abweichenden Tatbestandes eine Sonderstel-
lung ein.

§ 818 Abs. 3 läßt keinen anderen Schluß zu. Welche Auswirkungen dieser "eigentliche Bereicherungsanspruch" auf den Umfang der bereicherungsrechtlichen Abwicklung hat, wird jedoch von v. Caemmerer nicht in Einzelheiten ausgeführt.

Die von v. Caemmerer getroffene und m.E. richtige Feststellung drängt zu der Annahme, daß immer, wenn § 818 Abs. 3 nicht eingreifen kann und gleichzeitig das Kondiktionsobjekt gegenständlich nicht mehr herausgebbar ist, ein Wertersatzanspruch gemäß §§ 812, 818 Abs. 1 und 2 besteht, der sich unter den Voraussetzungen des verschuldeten Untergangs gemäß §§ 818 Abs. 4, 819 zu einem Schadensersatzanspruch erweitert. Der Wertersatzanspruch ist, scheidet eine Anwendbarkeit des § 818 Abs. 3 aus, nicht mehr davon abhängig, ob trotz Untergangs der empfangenen Leistung ein dieser Leistung entsprechender positiver Wert dem Vermögen des Schuldners erhalten geblieben ist (§ 818 Abs. 2). Die Aussage in § 818 Abs. 2, daß Wertersatz zu leisten ist, wenn die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder aber der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande ist, ist völlig neutral und umfaßt auch in ihrer zweiten Alternative die Fälle, in denen die Leistung nicht mehr - weder gegenständlich noch ihrem Wert nach - vorhanden ist. Die in Rechtsprechung (9) und Lehre (10) aufgebaute Abhängigkeit des Wertersatzanspruchs nach § 818 Abs. 2 von dem Vorhandensein eines aufgrund des Untergangs der empfangenen Leistung erlangten positiven Vermögenswertes, ist eine Voraussetzung des § 818 Abs. 2, die nur aus der Sicht des § 818 Abs. 3 notwendig war. Denn nur, wenn ein der weggefallenen

(9) vgl. oben § 6 Ziff. 4 a, S. 74 Note 23;

(10) vgl. oben § 6 Ziff. 4 a, S. 74 Note 23;

Leistung entsprechender Vermögenswert nicht vorhanden ist, kann die Bereicherung i.S.d. § 818 Abs. 3, die empfangene Leistung, ersatzlos untergegangen sein. Das Fehlen eines solchen positiven Vermögenswertes ist allein entscheidend für den Ausschluß des Wertersatzanspruchs unter den Voraussetzungen des § 818 Abs. 3, nicht hingegen für die Frage, ob überhaupt ein Wertersatzanspruch nach § 818 Abs. 2 besteht bzw. bestanden hat. Ist die empfangene Leistung also ersatzlos untergegangen, so besteht, wenn wegen Bösgläubigkeit eine Anwendbarkeit des § 818 Abs. 3 ausscheidet, zumindest immer ein Wertersatzanspruch in Höhe des Werts der weggefallenen Leistung (§ 818 Abs. 2). (11)

Einen Tatbestand, der den bösgläubigen Bereicherungsschuldner von dieser Wertersatzhaftung befreit, gibt es nicht. Die Auffassung von Seufert (12), daß § 818 Abs. 3 bei zufälligem ersatzlosen Untergang trotz fehlenden Vertrauens auf die Endgültigkeit des Erwerbs (Bösgläubigkeit) weiterzugelten hat, ist nicht überzeugend. Will § 818 Abs. 3 allein den auf die Endgültigkeit des Erwerbs vertrauenden Leistungsempfänger, also denjenigen, der in dem hier verstandenen Sinne gutgläubig ist, begünstigen, so wie es hier und auch von Seufert (13) vertreten wird, so kann § 818 Abs. 3 bei Bösgläubigkeit einen Ausschluß der Haftung nach § 818 Abs. 2 gerade nicht herbeiführen, da seine Anwendung wegen fehlender Gutgläubigkeit nicht in Frage

-
- (11) vgl. BGHZ 55, 128 ff (135), und im übrigen umfassend Jacobs, Eingriffserwerb, S. 150 f; letztlich auch Pinger MDR 1972, 101 ff u. 187 ff; Batsch NJW 1972, 611 ff; Teichmann JuS 1972, 247 ff (249 ff);
- (12) Staudinger-Seufert § 818 Anm. 56;
- (13) Staudinger-Seufert § 818 Anm. 35; vgl. auch oben § 4 S. 40 ff;

kommt. Dafür, daß § 818 Abs. 3 sowohl für Gutgläubige als auch für Bösgläubige bei zufälligem ersatzlosen Untergang gelten soll, gibt es keine Anhaltspunkte. Eine Befreiung von der Wertersatzhaftung (§ 818 Abs. 2) läßt sich auch nicht aus § 818 Abs. 4, auf den § 819 Abs. 1 Bezug nimmt, herleiten. Die Anordnung der Haftung nach den allgemeinen Vorschriften (§ 818 Abs. 4) beinhaltet keine Befreiung von den ohne § 818 Abs. 3 bestehenden Bereicherungsansprüchen. Durch die allgemeinen Vorschriften soll lediglich die bestehende Bereicherungshaftung erweitert, nicht aber ersetzt werden. Nur im Falle einer Ersetzung der bestehenden Bereicherungshaftung, müßte ein Ausschluß des Wertersatzanspruchs gemäß § 818 Abs. 2 angenommen werden.

Dafür, daß in der Verweisung des § 818 Abs. 4 keine Ersetzung, sondern nur eine Erweiterung der bestehenden Bereicherungshaftung liegt, spricht insbesondere auch § 292. Aus ihm, der Schlüsselbestimmung für den hier erörterten Sachverhalt im Bereich der allgemeinen Vorschriften, ergibt sich, daß seine Regelung nur insoweit eingreift, als sich aus dem Schuldverhältnis zugunsten des G l ä u b i g e r s keine andere Haftung herleiten läßt. Der Wertersatzanspruch aus § 818 Abs. 2, der in dem Bereicherungsverhältnis als einem gesetzlichen Schuldverhältnis begründet liegt und für den Gläubiger neben der Normalhaftung aus § 292 (14) eine günstigere Regelung darstellt, soll also gerade

(14) Unter "Normalhaftung aus § 292" wird die dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 987 ff) entsprechende Haftung verstanden, auf die § 292 verweist.

nicht eingeschränkt bzw. ausgeschlossen werden. (15)

Der Gedanke, daß der Wertersatzanspruch infolge der Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften nach zufälligem Untergang der empfangenen Leistung infolge von § 275 ausgeschlossen sein könnte, ist zu verwerfen. (16) Dies wäre nur denkbar, wenn im Bereicherungsrecht eine Regelung über den Wertersatz fehlen würde. Die ausdrückliche Regelung des § 818 Abs. 2 läßt für § 275 keinen Raum, da ein Wertersatzanspruch ein Geldanspruch ist (17), der nicht unmöglich werden kann. (18)

Festzuhalten ist daher: Scheidet die Anwendbarkeit des § 818 Abs. 3 wegen Bösgläubigkeit aus, so besteht auch bei zufälligem ersatzlosen Untergang der

-
- (15) Dies war den Gesetzesverfassern von Anfang an wohl auch bewußt. Schon die dem § 292 entsprechenden Vorschriften des 1. und 2. Entwurfs (§§ 244, 248; Mugdan Bd. 2, Texte, S. IX) enthielten die Beschränkung, daß die angeordnete Haftung nur insoweit gilt, als sich aus dem Schuldverhältnis zugunsten des Gläubigers nichts anderes ergibt. Die Gesetzesverfasser hätten daher, wenn diese Regelung des § 292 aufgrund der Verweisung in § 818 Abs. 4, 819 für Ansprüche aus dem bereicherungsrechtlichen Schuldverhältnis nicht gelten sollte, eine ausdrückliche abweichende Vorschrift schaffen müssen.
- (16) Larenz, SchR. Bd. 2 § 70 IV S. 443, nennt ausdrücklich § 275 als Grund für den Wegfall einer Ersatzpflicht bei zufälligem Untergang der empfangenen Leistung nach Eintritt der Bösgläubigkeit (S. 445). Vgl. im übrigen oben § 8 Ziff. 1 S. 111 Note 2; In den meisten Fällen ist überhaupt kein Grund genannt, weshalb nur die Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses angewendet werden sollen und eine allgemeine Wertersatzhaftung nach § 818 Abs. 2 auch bei zufälligem Untergang nach Eintritt der Bösgläubigkeit ausscheiden soll.
- (17) H.M. vgl. für alle: Erman-Seiler § 818 Anm. 12; Fikentscher, SchR. § 100 VII S. 602;
- (18) vgl. Fikentscher, SchR. § 100 VII, S. 602; Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt § 279 Anm. 2 m.w.N.

empfangenen Leistung ein Anspruch auf Ersatz ihres Wertes. (19) Bei verschuldetem Untergang ist allerdings nicht nur ihr Wert, sondern der gesamte Schaden, der dem Anspruchsberechtigten infolge des Untergangs entstanden ist, zu ersetzen. (§§ 818 Abs. 4, 819 Abs.1, 292, 987 ff).

3. Das Verhältnis des "eigentlichen Bereicherungsanspruchs" zu den Vorschriften über die Beziehungen zwischen Eigentümer und Besitzer (§§ 987 ff)

a. Der "eigentliche Bereicherungsanspruch" und §§ 987 - 1003 als ausschließliche Sonderregelung

Nach der wohl noch als herrschend zu bezeichnenden Auffassung handelt es sich bei den §§ 987 ff um eine abschließende Sonderregelung. (20) Sind die Voraussetzungen für ein Eingreifen der §§ 987 ff gegeben, so wird grundsätzlich ein Rückgriff auf die berei-

-
- (19) Entscheidend für die Höhe des Wertersatzanspruchs nach § 818 Abs. 2 ist der objektive bzw. gemeine Verkehrswert; h.M. vgl. für alle: Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 11 ff; Erman-Seiler § 818 Anm. 12 ff jeweils m.w.N.; Goetzke AcP 173 (1973), 289 ff; a.A. Koppensteiner NJW 1971, 588 ff u. 1769 ff;
- (20) BGB-RGRK-Johannsen § 987 Anm. 3 ff; Soergel-Siebert-Mühl §§ 987 - 993 Anm. 14 ff, 17; wohl auch Erman-Hefermehl vor §§ 987 - 993 Anm. 28; Palandt-Degenhart § 987 Vorbem. 2; Baur, SachR., § 11 B II, S. 89 f; Heck, SachR. § 68, S. 287; Hendemann, SachR. § 29 III, S. 179 f; Lange, SachR. § 11 II, S. 59 ff; Lent-Schwab, SachR. § 45 VIII, S. 189 ff; Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 169; Flessner Wegfall, S. 142; Rothoef AcP 163 (1964), 215 ff (258 ff); ders. JA 1969, 65 ff (66); Allerdings folgen die meisten den von der Rechtsprechung zugelassenen Ausnahmen, vgl. den Ausnahmekatalog bei Soergel-Siebert-Mühl vor § 987 - 993 Anm. 14 ff (15). Eine fast vollständige Übersicht über den Meinungsstand findet sich bei Dimopoulos-Vosikis, Elemente, S. 84 f, auf die insoweit Bezug genommen wird. Vgl. auch die Nachweise bei Köbl, Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, S. 244 ff; Aus der Rechtsprechung: RG JW 1912, 690; RG WarnRspr. 1920 Nr. 160; RGZ 105,

cherungsrechtlichen Vorschriften als unzulässig erachtet. (21) Wollte man der herrschenden Meinung folgen, so würde sich im Verhältnis zu der von mir bisher vertretenen Auffassung über die bereicherungsrechtliche Abwicklung folgendes zeigen:

Gemäß §§ 989, 990 brauchte der bösgläubige Besitzer einer rechtsgrundlos erlangten Sache nur im Falle ihres verschuldeten Untergangs oder zufälligen Untergangs nach Eintritt des Verzugs dem Eigentümer Schadensersatz zu leisten. Eine weitergehende Verpflichtung bestünde nicht. Bei zufälligem Untergang vor Eintritt des Verzugs würde der bösgläubige Besitzer gegenüber dem Eigentümer von jeder Verpflichtung frei (§ 275), da es im Rahmen der §§ 987 ff keinen dem § 818 Abs. 2 entsprechenden Wertersatzanspruch gibt. Demgegenüber würde aber derjenige Leistungsempfänger, der Eigentümer der empfangenen Sache geworden ist und daher gegenüber dem bloßen Besitzer eine schutzwürdigere Position erlangt hat, unter den gleichen Voraussetzungen nach den entwickelten Grundsätzen über den Umfang des "eigentlichen Bereicherungsanspruchs" schärfer haften, da er auch bei unverschuldetem Untergang den Wert der empfangenen Leistung zu ersetzen hat.

Dieser Widerspruch könnte als Argument gegen die hier vertretene Auffassung über den Umfang der bereicherungsrechtlichen Haftung verwendet werden. Der Umfang der bereicherungsrechtlichen Haftung ergibt sich aber

84; 137, 210; ausführliche Begründung in RGZ 163, 348 ff; BGH JZ 1951, 716; JZ 1962, 527; NJW 1953, 58; BGHZ 27, 317 ff; 29, 162 ff; 34, 122 ff; 41, 157 ff; OLG Hamburg MDR 1954, 356;
(21) vgl. aber den Ausnahmekatalog bei Soergel-Siebert-Mühl vor §§ 987 - 993 Anm. 15; Wieling AcP 169 (1969), 137 ff;

folgerichtig aus der Systematik des Bereicherungsrechts. Der Ursprung des Widerspruchs muß daher primär in dem von der h.M. angenommenen Ausschließlichkeitscharakter der §§ 987 ff gesehen werden.

Ihn gilt es in Frage zu stellen, wie es auch bereits wegen anderer Unstimmigkeiten, die sich aus dem Verhältnis zwischen §§ 987 ff und §§ 812 ff ergeben haben, von verschiedener Seite geschehen ist. (22)

Eine Verneinung des Ausschließlichkeitscharakters, die heute auch schon vielfach vertreten wird (23), würde zu einer Lösung dieser und auch anderer Widersprüche im Bereich der Haftung nach §§ 987 ff und §§ 812 ff führen. Es würde zu einer gegenseitigen Ergänzung der Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und Bereicherungsrecht kommen, mit der

-
- (22) Staudinger-Berg § 987 Anm. 10 ff; Larenz, SchR. Bd. 2 § 68 VII, S. 403; § 70 I, S. 435; Wolf, SachR. § 6 VII, S. 171 ff; Westermann, SachR. § 31 III, S. 142 ff; Siebert DGRW 1940, 241 ff; v.Caemmerer, Festschrift Boehmer, S. 154 Fußnote 42; Raiser, Festschrift Wolff, S. 123 ff (132ff); ders. JZ 61, 529 ff; ders. JZ 1958, 682 ff; Wolff-Raiser, SachR. § 84 I, § 85 II, III S. 329 ff; Peters AcP 153 (1954), 454 ff; Für die Verdrängung der §§ 987 durch die Leistungskondiktion auch Emmerich, Verhältnis, S. 96 ff, 100 ff mit einer Vielzahl von weiteren Nachweisen; Dimopoulos-Vosikis, Elemente, S. 250; Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 39 Fußnote 3 m.w.N. insbesondere im Hinblick auf die Auswirkungen der Saldotheorie; Schindler AcP 165 (1965), 250 ff Fußnote 2 m.w.N.; Medicus, BGB § 23 III, S. 235; vgl. zudem die Nachweise bei Dimopoulos-Vosikis, Elemente, S. 74 ff, 84 f;
- (23) vgl. z.B. Staudinger-Berg § 987 Anm. 10 ff; Wolff-Raiser, SachR. § 85 I, 2 S. 329; § 85 II, 6 S. 333; § 85 III, 6 S. 337; Raiser, Festschrift Wolff, S. 123 ff (140); Pinger JR 1973, 268 ff; ders. Funktion, S. 137 ff; vgl. im übrigen die Nachweise in Note 22;

Folge einer in sich geschlossenen Regelung der Herausgabe- und Schadensersatzansprüche des nicht berechtigten Besitzers und Erwerbers. Daß dennoch im Einzelfall Abgrenzungsprobleme auftauchen werden, wird nicht verkannt. (24) Sie zusammenhängend darzustellen, würde jedoch den Rahmen der Arbeit sprengen.

b. Die Entwicklung der Auffassung über den Ausschließlichkeitscharakter der §§ 987 ff

Bezüglich der Charakterisierung des Verhältnisses der §§ 987 ff, insbesondere der §§ 994, 995 zu den gesetzlichen Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff) hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts sehr geschwankt.

Zunächst vertrat das Reichsgericht die Ansicht, daß die Bereicherungsansprüche neben den §§ 987 ff keinen Platz hätten, weil die Vermögensverschiebungen, soweit sie nicht durch §§ 987 ff erfaßt würden, als gerechtfertigt betrachtet werden müßten. Es führte aus:

"Ist aufgrund der §§ 987 ff eine eingetretene Vermögensverschiebung nicht auszugleichen, hat also ein Besitzer gezogene Nutzungen nicht herauszugeben oder ein Eigentümer Verwendungen nicht zu ersetzen, so bilden die Gesetzesbestimmungen, die dies vorschreiben, zugleich den rechtlichen Grund für die Vermögensverschiebung, so daß in einem solchen Falle der Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung überhaupt nicht gegeben ist." (25)

An dieser Ansicht hielt das Reichsgericht jedoch nicht uneingeschränkt fest. Es nahm in einer späteren Entscheidung Gesetzeskonkurrenz zwischen §§ 812 ff und

(24) vgl. z.B. Dimopoulos-Vosikis, Elemente, S. 86 ff;
Köbl, Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, S. 247 ff;
(25) RG JW 1912, 690 f;

987 ff an, wenn das Rückgewährverhältnis auf einem nichtigen Vertrag beruhte und verteidigte diese Auffassung mit einem Hinweis auf die damals herrschende Auffassung. In der betreffenden Entscheidung stellte es ausdrücklich fest (26):

"An dieser Ansicht kann indessen nur mit Einschränkung festgehalten werden. Richtig daran ist soviel, daß sich, wenn der Eigentümer wirklich mit der Eigentumsklage aus § 985 gegen den Besitzer vorgeht, dessen Verpflichtung zur Herausgabe der Nutzungen und seine Ansprüche auf Ersatz von Verwendungen ausschließlich nach den §§ 987 ff richten und daß der Eigentümer nicht über diese Grenzen hinaus Ansprüche gegen den Besitzer unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung erheben kann. Ein solcher Fall wird regelmäßig vorliegen, wenn der Besitzer die Sache von einem Dritten erworben hat. Dann kann der Eigentümer nicht anders als durch den Nachweis seines Eigentums den Besitzer aus seiner Stellung verdrängen. Dagegen ist der Eigentümer keineswegs auf die Eigentumsklage angewiesen, wenn er selbst die Sache übergeben hat und sie später zurückfordert, weil der zugrunde liegende Vertrag sich als nichtig herausstellt. In solchen Fällen konkurriert die Eigentumsklage mit der Bereicherungsklage, d.h. der Eigentümer hat zwischen beiden die Wahl."

Das Reichsgericht erachtete aber nur kurze Zeit später bei gleicher Sachlage die Abstellung auf die Wahl des Eigentümers wiederum für bedenklich. Entscheidend für die neuen Zweifel war der Gedanke, daß der Umfang der dem Eigentümer zustehenden Ansprüche hinsichtlich der Nutzungen abhängig von der rechtlichen Natur der Klage und damit, falls die Partei selbst sich nicht in dieser Hinsicht festgelegt hat, von der Auffassung des erkennenden Richters ist. Hinzu kam noch eine weitere Überlegung, daß der Nebenanspruch auf Herausgabe der Nutzungen, insbesondere bei Geldleistungen, die in das Eigentum des nutzenden Besitzers übergehen, immer schuldrechtlicher Natur ist, so daß für seinen Umfang nur entweder § 818 Abs. 1 oder die insoweit ebenfalls

(26) RGZ 129, 307 ff (310);

schuldrechtlichen Vorschriften der §§ 987 ff maßgebend sein dürfen. (27)

Als nunmehr einheitliche Auffassung der bisher mit dieser Rechtsfrage befaßten Senate wurde folgende Interpretation des Verhältnisses zwischen §§ 812 ff und §§ 987 ff bezeichnet:

"Soweit es sich bei der Auseinandersetzung zwischen Eigentümer und Besitzer um den Umfang der Herausgabepflicht des Besitzers in Ansehung der gezogenen Nutzungen handelt, stellen die §§ 987 ff eine erschöpfende Sonderregelung dar, die den allgemeinen Vorschriften des Bereicherungsrechts in den §§ 812 ff, diese ausschließend, vorgeht. Hierfür spricht auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes Soweit aber hiernach die Sonderregelung der §§ 987 dem Besitzer die gezogenen Nutzungen beläßt, fehlt es an einer ungerechtfertigten Vermögensverschiebung und Bereicherung, so daß aus diesem Grunde die Anwendbarkeit des § 818 Abs. 1 entfällt." (28)

An dieser Auffassung hat bis heute, allerdings mit einigen Modifikationen, um wenigstens einen Teil der sich widersprechenden Ergebnisse auszugleichen, die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre festgehalten. (29)

c. Kritik aufgrund der erzielten Ergebnisse

Die konsequente Behandlung der §§ 987 ff als eine die Bereicherungshaftung ausschließende Regelung führt aber, ganz abgesehen von dem Widerspruch, der durch die hier vertretene Auffassung über den Umfang der Bereicherungshaftung begründet ist, zu eigenartigen Ergebnissen. (30) Für die unterschiedliche Haftung des Besitzers nach §§ 987 ff im Verhältnis zu §§ 812 ff

(27) RGZ 137, 206 ff;

(28) RGZ 137, 206 ff (210/211);

(29) vgl. oben § 8 Ziff. 3 a, S. 119 Note 20;

(30) vgl. u.a. die Beispiele bei Westermann, SachR. § 31 III, S. 142; Staudinger-Berg § 987 Anm. 10ff; Wieling AcP 169 (1969), 137 ff;

läßt sich kein vernünftiger Grund finden. Nicht einzusehen ist, wieso der rechtsgrundlose Besitzer gemäß §§ 987 ff im Ergebnis besser behandelt werden soll als der rechtsgrundlose Eigentümer, dessen Haftung sich unter den im übrigen gleichen Voraussetzungen nach § 812 ff richtet. Als einziges Argument zur Rechtfertigung der unterschiedlichen Haftung ließe sich nur der Ausschließlichkeitscharakter der §§ 987 ff nennen, nach dem wegen der rechtlichen Trennung bzw. Ausschließlichkeit der beiden Regelungsbereiche der §§ 987 ff und §§ 812 ff die unterschiedlichen Ergebnisse trotz ihrer materiellen Unverständlichkeit hinzunehmen wären. Dieses Argument kann jedoch schon wegen seines allzu formalistischen Charakters kaum überzeugen.

Die auftretenden Differenzen zwischen der Abwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge nach §§ 812 ff und §§ 987 ff sind vielfältig und liegen bei weitem nicht allein in der hier vertretenen Auffassung über den Umfang des "eigentlichen Bereicherungsanspruchs" begründet. Diese bildet vielmehr einen zusätzlichen Aspekt, der die Fragwürdigkeit des Ausschließlichkeitscharakters der Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis unterstreicht. Die übrigen Widersprüche, insbesondere wegen der Ansprüche bzgl. der Nutzungen, sind so zahlreich und vielfältig, daß auf ihre Darstellung im einzelnen verzichtet werden muß. Ein Hinweis auf die einschlägige Literatur mag hier genügen. (31)

(31) vgl. Staudinger-Berg § 987 Anm. 10; Soergel-Siebert-Mühl vor §§ 987 - 993 Anm. 14 ff; Erman-Hefermehl vor §§ 987 - 993 Anm. 27 ff; Westermann, SachR. § 31 III, S. 142 f; Wolf, SachR. § 6 VII, S. 171 ff; Wolff-Raiser, SachR. § 85, S. 332 ff; Heck, SachR. § 68, 11 S. 287; Hedemann, SachR. § 29 III, S. 179 f; Raiser, Festschrift Wolff, S. 123 ff (140); Pinger JR 1973, 267 ff;

Nicht zuletzt haben einige der Widersprüche den Anlaß gegeben, daß auch die Rechtsprechung in einigen Fällen der Haftung nach §§ 987 ff eine Angleichung an die Bereicherungshaftung bzw. das Recht der unerlaubten Handlung vorgenommen hat. (32) Die bisher zugelassenen Ausnahmen sind so weittragend, daß es auch deshalb fraglich ist, ob der Grundsatz von der ausschließlichen Sonderregelung der §§ 987 ff aufrecht zu erhalten ist.

Wie wenig gesichert die Erkenntnis ist, daß es sich insoweit um eine ausschließliche Sonderregelung handelt, wird insbesondere durch das anfängliche Schwanken der Rechtsprechung deutlich. (33) Binnen kürzester Zeit wurden die zwei schon genannten Entscheidungen des Reichsgerichts mit den gegensätzlichen Standpunkten veröffentlicht und jedesmal berief sich das Reichsgericht zur Unterstützung seiner Auffassung auf die einschlägige Literatur, ohne daß diesbezüglich

ders., Funktion, S. 137 ff; vgl. im übrigen die bei Dimopoulos-Vosikis zusammengestellte Literatur, Elemente, S. 84 f und die monographischen Darstellungen von Emmerich, Das Verhältnis der Nebenfolgen der Vindikation zu anderen Ansprüchen, 1966; Dimopoulos-Vosikis, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987 - 1003 BGB, 1966; Krause, Die Haftung des Besitzers nach §§ 989 - 993 BGB, 1965; Köbl, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, 1971; Pinger, Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnis.

- (32) Im wesentlichen: Anwendbarkeit des § 816 nach Veräußerung und Verbrauch der Sache RGZ 158, 40; RG WarnRspr. 1920 Nr. 160; BGHZ 14, 7 ff; BGH NJW 1953, 58 f; - Anwendbarkeit der §§ 823 ff beim Fremdbesitzereizeß RGZ 101, 307 ff; 106, 149 ff; - Gleichstellung des rechtsgrundlosen und unentgeltlichen Erwerbs im Rahmen des § 988 RGZ 129, 307 ff; 135, 167 ff; 137, 206 ff; 163, 348 ff; vgl. auch die Zusammenstellung bei Westermann, SachR. § 31 III, S. 142 ff m.w.N.; Baur, SachR. § 11 B II, S. 84 m.w.N.; Soergel-Siebert-Mühl, vor §§ 987 - 993 Anm. 15 m.w.N.; Staudinger-Berg § 987 Anm. 10 m.w.N.;
- (33) vgl. oben § 8 Ziff. 3 b, S. 122 ff;

aber ein deutlicher Umschwung in der Literatur eingetreten war. (34)

Entscheidend war aber für das Reichsgericht zur Begründung des Ausschließlichkeitscharakters der §§ 987 ff wohl auch ein Argument aus den Materialien zum BGB. (35) Allerdings erweist sich dieses als keineswegs zwingend. Die Textstelle aus den Motiven zum 1. Entwurf des BGB, auf die das Reichsgericht Bezug genommen hat, kann nämlich nicht so isoliert betrachtet werden, wie es in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 5. März 1932 (36) geschehen ist. Es ist vielmehr notwendig, sie im Zusammenhang mit den Vorschriften des 1. Entwurfs über die ungerechtfertigte Bereicherung zu sehen (§§ 737 ff E I). Dort war in

(34) Die unterschiedliche Auffassung in den Entscheidungen RGZ 129, 307 ff und 137, 206 ff über die Meinung in der Literatur beruht allein auf der jeweils getroffenen Auswahl der Literatur. Dies zeigt bei näherer Überprüfung ein Vergleich der zitierten Literaturstellen. Der Meinungsstand hatte sich seit der Entscheidung RGZ 129, 307 ff kaum geändert.

(35) Mugdan Bd. 3, Motive, S. 223 (§ 930 entspricht § 993, § 748 Abs. 1 dem § 818 Abs. 1): "Der erste Absatz des § 930 enthält eine positive Ausnahme von den Bestimmungen über die Haftung des Besitzers oder des Inhabers aus ungerechtfertigter Bereicherung, sofern die Bereicherung in den Nutzungen besteht, welche der Besitzer oder Inhaber aus der fremden Sache gezogen hat und welche nach den Vorschriften des § 748 Abs. 1 herauszugeben sein würden Die Vorschrift über die Nichtkondizierbarkeit der vom Besitzer gezogenen Nutzungen entspricht im wesentlichen dem geltenden Recht ... Die regelmäßige Kondizierbarkeit der von dem Besitzer oder dessen Vertreter in Ausübung der tatsächlichen Gewalt gezogenen Nutzungen würde zu einer Überspannung des Eigentumsschutzes führen, zu den Vorschriften über den Fruchtterwerb des redlichen Besitzers nicht passen und eine Schaden bringende Haftung ohne Verschulden eintreten lassen. Aus diesen Gründen läßt der Entwurf nur nach den Ausnahmegesetzungen der folgenden §§ eine Haftung des Besitzers bzw. Inhabers eintreten."

(36) RGZ 137, 206 ff (210);

§ 740 Abs. 2 E I geregelt, daß sich die Verpflichtung zur Herausgabe und Vergütung der Nutzungen auch vor Eintritt der Bösgläubigkeit nach den Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis richtet. (37) Hierzu ist in den Motiven ausgeführt:

"Wer eine Sache indebite zum Eigentum übertragen erhält, kann nämlich im Falle seines guten Glaubens (§ 741) ohne schwere Inkonzsequenz in Ansehung der Verpflichtung zur Herausgabe und Vergütung der Nutzungen nicht anders und nicht günstiger behandelt werden als der gutgläubige Besitzer gegenüber dem die Eigentumsklage erhebenden Eigentümer (ALR I § 189; Eccius 2 § 150 A 85; sächs. GB § 1527)." (38)

Die Gesetzesverfasser waren sich demnach von vornherein im klaren, daß eine Angleichung der Haftung des Bereicherungsrechts und des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses notwendig war.

Der in § 740 Abs. 1 E I vorgesehene Umfang der Haftung des Bereicherungsschuldners läßt erst die eigentliche Bedeutung der von dem Reichsgericht zitierten Textstelle aus den Motiven zu § 930 E I erkennen. Sie kann nicht mehr als deklaratorischen Charakter haben, da auch den gutgläubigen Bereicherungsschuldner bezüglich der Nutzungen, wenn es bei dem 1. Entwurf geblieben wäre, keine andere Haftung als den besitzrechtslosen Besitzer getroffen hätte. (39) Deshalb ist sie nicht geeignet, den Ausschließlichkeitscharakter der §§ 987 ff, der nur auf einer materiellrechtlichen Entscheidung des Gesetzgebers beruhen könnte, zu begründen. Der Hinweis auf § 748 Abs. 1 E I, der sich zudem in der von dem Reichsgericht herangezogenen

(37) Mugdan Bd. 2, Texte, S. CXXXIII;

(38) vgl. Mugdan Bd. 2, Motive, S. 469;

(39) vgl. Mugdan Bd. 2, Texte, S. CXXXIII; Bd. 3, Texte, S. XXXII;

Textstelle aus den Motiven zu § 930 E I befindet und zumindest vordergründig auf einen unterschiedlichen Haftungsumfang zwischen Bereicherungsrecht und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis hinweisen soll, ist mißverständlich, da § 748 Abs. 1 E I durch § 740 Abs. 2 E I im Sinne der sich aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ergebenden Haftung eingeschränkt war. (40) Schlüsse, die für die vom Reichsgericht getroffene Auslegung sprechen, lassen sich hieraus nicht ziehen.

Die 2. Kommission hat nun das an sich homogene Verhältnis zwischen §§ 739 ff E I und §§ 929 ff E I zerstört, indem sie eine Streichung des § 740 Abs. 2 E I für erforderlich hielt. Zur Begründung dieses Schrittes wird in den Protokollen ausgeführt:

"Der Zweck zu verhüten, daß, wer einen Gegenstand ohne Kenntnis eines gegen ihn begründeten Herausgabeanspruchs habe, durch die Geltendmachung dieses Anspruchs zu Schaden komme, lasse sich in zweifacher Weise erreichen, entweder so, wie es im Entwurf bezüglich des redlichen Besitzers durch die §§ 930, 938 geschehen sei, oder durch die Beschränkung der Herausgabe- und Vergütungspflicht auf die Bereicherung, wie es nach dem Entwurf für den Erbschaftsanspruch gelte (§ 2083) (41) und nach dem Beschluß zu § 739 auch hier beizubehalten sei. Wähle man aber den letzten Weg, dann müsse man in Höhe der Bereicherung auch bezüglich der Nutzungen eine Verpflichtung zur Herausgabe und Wertvergütung anerkennen (vgl. § 2081 Nr. 4) (42), wenn anders man nicht dem Bereicherten einen ganz ungerechtfertigten Vorteil zuwenden, den Rückfordernden aber unbillig benachteiligen will." (43)

Auch hieraus läßt sich schlecht ein Argument für den Ausschließlichkeitscharakter der §§ 987 ff entnehmen.

(40) Das gleiche gilt für die Aussage in den Motiven zu § 2081 E I, daß neben § 930 E I auch wegen einer etwa aufgetretenen Bereicherung kein Ersatz für die Nutzungen zu erhalten sei. Mugdan Bd. 5, Motive, S. 314;

(41) Mugdan Bd. 5, Texte, S. LXXIII;

(42) Mugdan Bd. 5, Texte, S. LXXIV;

(43) Mugdan Bd. 2, Protokolle der 2. Kommission, S. 1185 f;

Das Gegenteil ist eher der Fall. Bis auf die Aussage, daß nur ein billiger Ausgleich der Bereicherung zu erzielen sei, wenn keine dem § 930 E I entsprechende Haftung bestehe, ist die Argumentation der 2. Kommission nur formeller Natur. Außer den Billigkeitsüberlegungen, die, wie schon dargestellt, das gesamte Bereicherungsrecht tragen (44), bestand kein zwingender Grund, den Haftungsumfang als für das Bereicherungsrecht nicht ausreichend zu erachten. Insbesondere ist der Vergleich mit der Regelung der §§ 2081 Nr. 4, 2083 E I für sich allein nicht stichhaltig, da mit dem gleichen Recht anstatt der Streichung des § 740 Abs. 2 E I diese Vorschrift in § 2083 E I hätte eingefügt werden können.

Durch den Billigkeitsgedanken, der zu der Streichung des § 740 Abs. 2 E I geführt hat, kommt nun aber zum Ausdruck, daß in allen Fällen, in denen eine ungerechtfertigte Bereicherung vorliegt, eine Haftung entsprechend des im 1. Entwurf konzipierten Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses für unzureichend angesehen wurde. Eine Unterscheidung je nachdem, ob die Bereicherung in dem ungerechtfertigten Eigentum oder aber nur in dem ungerechtfertigten Besitz einer Sache besteht, wurde nicht gemacht. Aus der Gedankenführung der Gesetzesverfasser läßt sich m.E. nur folgendes schließen: Sind die Voraussetzungen einer ungerechtfertigten Bereicherung gegeben, sei es, daß sie sich auf den rechtsgrundlosen Erwerb des Eigentums oder Besitzes einer Sache gründen, so ist in erster Linie die Bereicherung auszugleichen, um zwischen den Beteiligten einen billigen Vermögensausgleich herbeiführen

(44) vgl. oben § 6 Ziff. 4 b bb, S. 81 ff;

zu können, wofür die Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses aber nicht ausreichend sind. Gleichzeitig ist hiermit eine Aussage über das Rangverhältnis zwischen den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung und des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses gemacht. (45) Danach werden die bereicherungsrechtlichen Vorschriften weder durch die des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses ausgeschlossen, noch besteht zwischen beiden Regelungsbereichen ein uneingeschränktes Verhältnis des gleichberechtigten Nebeneinanders oder ein Wahlrecht, nach dem es letztlich von der mehr oder weniger zufälligen Entscheidung des Anspruchsberechtigten oder der Auffassung des entscheidenden Richters abhinge, ob sich die geltend gemachten Ansprüche primär nach §§ 812 ff oder aber §§ 987 ff richten. (46) Aufgrund der Entstehungsgeschichte der §§ 812 und §§ 987 ff muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß die Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nur dann zur Anwendung kommen können, - abgesehen von dem Fall der Verweisung in § 818 Abs. 4, 819 Abs. 1, - wenn nicht gleichzeitig die Voraussetzungen für eine ungerechtfertigte Bereicherung vorliegen.

- d. Der Vorrang der Bereicherungsregeln gegenüber dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis - eine zusammenfassende Beurteilung

In der Diskussion über das Konkurrenzverhältnis zwischen §§ 812 ff und §§ 987 ff ist der Gedanke, daß das Bereicherungsrecht gegenüber den Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses den Vorrang

(45) In den weiteren Beratungen zu §§ 930 ff E I findet sich, soweit ersichtlich, keine gegenüber dem neu gefaßten Bereicherungsanspruch ausdrückliche Abgrenzung (Mugdan Bd. 3, Protokolle der 2. Kommission, S. 677 ff).

(46) Vgl. RGZ 129, 307 ff;

hat, für den auch die Materialien zum BGB sprechen, nicht neu. (47) Der Grundsatz des Vorrangs der Bereicherungsregeln bedeutet nun aber nicht, daß es sich bei diesen schlechthin um eine die §§ 987 ff ausschließende Regelung handelt. Durch ihn wird vielmehr eine Form der Gesetzeskonkurrenz, die Subsidiarität der §§ 987 ff gegenüber §§ 812 ff, zum Ausdruck gebracht.

Aufgrund des Konkurrenzverhältnisses hat der Eigentümer und Bereicherungsgläubiger keinen Einfluß darauf, ob sich die von ihm geltend gemachte Forderung letztlich nach Bereicherungsrecht oder aber nach den Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis richtet. (48) Die Subsidiarität verlangt vielmehr, daß die geltend gemachten Ansprüche zunächst unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zu prüfen sind und erst dann, wenn sich herausstellt, daß das Bereicherungsrecht nicht zur Anwendung kommen kann, eine Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der §§ 987 ff vorzunehmen ist.

Der ungerechtfertigte Besitzer einer Sache wird nur dann primär nach den Vorschriften über das Eigentümer-

-
- (47) Verschiedentlich wird in den Fällen der Leistungskondition dem Bereicherungsrecht gegenüber den Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses der Vorrang eingeräumt. Vgl. v. Caemmerer, Festschrift Boehmer, S. 154 Fußnote 42; Emmerich, Verhältnis, S. 190 ff; Dimopoulos-Vosikis, Elemente, S. 149 ff; Köbl, Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, S. 249 ff; Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 39 Fußnote 3 im Ansatz.
- (48) Das Reichsgericht hatte zunächst eine derartige Wahlmöglichkeit angenommen (RGZ 129, 307 ff). Es rückte jedoch alsbald wieder von dieser Auffassung ab (RGZ 137, 206 ff, 209 f). Die Gründe, die das Reichsgericht hierfür nennt, sprechen überzeugend gegen eine Wahlmöglichkeit und damit auch gegen ein uneingeschränktes Nebeneinander der beiden Regelungsbereiche. Sie sind aber gleichzeitig keine stichhaltigen Argumente für die vom Reichsgericht im Anschluß daran begründete Auffassung, die §§ 987 ff beinhalteten eine ausschließliche Sonderregelung.

Besitzer-Verhältnis haften, wenn zwischen ihm und dem Eigentümer kein bereicherungsrechtliches Schuldverhältnis besteht, wenn es z.B. an einer unmittelbaren Vermögensverschiebung fehlt bzw. ein einheitlicher Bereicherungsvorgang zu verneinen ist. Hierzu gehören auch die Fälle, die unter dem Stichwort "Doppelmangel" zusammengefaßt werden können. Dazu ein Beispiel: A erhält aufgrund eines Kaufvertrages von B 100,-- DM und B von A eine Uhr. B verschenkt diese Uhr an C. Alle vertraglichen Vereinbarungen zwischen A, B und C, sowie die Erfüllungsgeschäfte sind nichtig. A ist daher Eigentümer der Uhr geblieben, während C rechtgrundloser Besitzer derselben ist. A kann von C gemäß §§ 985 ff die Uhr zurückverlangen. Die §§ 812 ff können im Verhältnis A - C nicht angewendet werden. Eine Durchgriffskonklusion im Verhältnis A - C, wie es früher häufig angenommen wurde, ist zu verneinen. (49) Ist nun die Uhr bei dem gutgläubigen C, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, untergegangen, so hat A gegenüber C keinen Anspruch mehr auf Herausgabe oder Ersatz des Wertes, da es an einer §§ 812, 818 Abs. 2 entsprechenden Vorschrift im Rahmen der §§ 987 ff fehlt. Diese gegenüber dem Bereicherungsrecht (§§ 812, 818 Abs. 2) insoweit mildere Haftung erscheint auch gerechtfertigt, da es unter den genannten Voraussetzungen an einer unmittelbaren Beziehung zwischen Eigentümer und

(49) So auch Medicus, BGB, § 27 II, S. 294 ff; Esser, SchR. Bd. 2 § 102 I, S. 347 m.w.N.; Larenz, SchR. Bd. 2 § 68 III, S. 412 f; Fikentscher, SchR. § 99 II, S. 571; v.Caemmerer JZ 1962, 385 ff (388); Berg NJW 1962, 101 ff; anders jedoch die h.M. Im Vordringen befindet sich aber die hier vertretene Auffassung. Auch der BGH (BGHZ 48, 70 ff) hat die bisher allgemein anerkannte Durchgriffshaftung in Frage gestellt. Vgl. hierzu Larenz JZ 1968, 51 ff; Westermann, H.P. JuS 1968, 17 ff m.w.N.; Mühl NJW 1968, 1868;

Besitzer fehlt. Dennoch wird der Eigentümer dadurch nicht schlechter gestellt. Weitergehende bereicherungsrechtliche Ansprüche bleiben A gegenüber B erhalten, der seinerseits selbst wieder gegenüber C Bereicherungsansprüche haben kann.

Bedeutung erlangen die §§ 987 ff auch, wenn die Bereicherungshaftung nach §§ 814, 815, 817 ausgeschlossen sein sollte. In der dennoch bestehenbleibenden Haftung aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis liegt eine Bestätigung des im BGB enthaltenen Prinzips, nach dem das Eigentum in besonderer Weise zu schützen ist. (50) Die nach §§ 987 ff gegenüber dem Bereicherungsrecht eingeschränkte Haftung bei zufälligem Untergang der empfangenen Leistung trotz Bösgläubigkeit des Besitzers rechtfertigt sich aus der Situation

-
- (50) Die Ausschlußgründe sind nicht auf die Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis anwendbar. Enneccerus-Lehmann, SchR. § 226, 2 d S. 915 m.w. N.; Erman-Seiler § 817 Anm. 3 a; Oertmann, BGB-Komm. § 817 Anm. 6 c; Planck-Landois § 817 Anm. 4; Palandt-Thomas § 817 Anm. 3 e; Hammes JR 1950, 11 ff; Die Gegenmeinung argumentiert, daß der Leistende nicht besser gestellt werden könne, wenn z.B. der Sittenverstoß so schwerwiegend sei, daß er sogar das dingliche Rechtsgeschäft vernichte. Eine Besserstellung wäre "ungereimt". Vgl. z.B. Baur, SachR. § 5 IV S. 43; Esser, SchR. Bd. 2 § 103 IV, S. 362; Medicus, BGB, § 27 III 4 c, S. 303; Larenz, SchR. Bd. 2 § 69 III, S. 427; Raiser JZ 1951, 718 ff (719); v.Caemmerer SJZ 1950, 649 ff (650); BGHZ 35, 103 (109); 36, 395 (399); 39, 87 (91); 41, 341 (343); offengelassen BGH JZ 1964, 558; vgl. außerdem unten Abschn. VI, S. 214 Note 6; Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht. "Ungereimt" ist vielmehr, wenn die Rechtsordnung z.B. wegen der Schwere eines Sittenverstoßes auch das dingliche Rechtsgeschäft für nichtig erklärt mit der Folge, daß der Leistende Eigentümer der weggenommenen Sache geblieben ist, gleichzeitig dem Leistenden einen Eigentumsherausgabeanspruch verwehrt, also einen Erfolg herbeiführt, der auch ohne die Nichtigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts bestanden hätte.

und den Umständen, die zum Ausschluß der bereicherungsrechtlichen Ansprüche geführt haben. (51) Wegen weiterer Einzelheiten über die Auswirkungen der Vorrangigkeit der §§ 812 ff gegenüber den §§ 987 ff soll insbesondere auf die Arbeiten von Emmerich, Dimopoulos-Vosikis, Köbl und Pinger (52) hingewiesen werden.

Die Vorrangigkeit der §§ 812 ff gegenüber den §§ 987 ff wird jedoch, wenn überhaupt, bisher nur für die Fälle der Leistungskondiktion befürwortet. (53) Sie muß aber auch im Falle der Eingriffskondiktion gelten. (54) Haftungsunterschiede zum Vorteil des Schuldners einer nicht durch Leistung erfolgten Bereicherung ergeben sich nicht, denn der Schuldner einer Eingriffskondiktion wird fast immer bösgläubig sein, da er in der Regel auf den Bestand seines Erwerbs nicht vertrauen kann. Er haftet dann neben den noch bestehenden bereicherungsrechtlichen Ansprüchen über die Verweisung in §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 zusätz-

-
- (51) Die ausschließliche Haftung nach §§ 987 ff ist gegenüber der Bereicherungshaftung eingeschränkt, da der bösgläubige Besitzer nur nach Verzug für den zufälligen Untergang der empfangenen Leistung zu haften hat. Vgl. Brox JZ 1965, 516 ff; Eine darüber hinausgehende Wertersatzhaftung besteht nach der hier vertretenen Auffassung nur im Rahmen des Bereicherungsrechts.
- (52) Emmerich, Verhältnis, S. 42 ff; Dimopoulos-Vosikis, Elemente, S. 249 ff; Köbl, Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, S. 250 ff; Pinger, Funktion, S. 22 ff;
- (53) vgl. oben § 8 Ziff. 3 S. 132 Note 47 mit Ausnahme von Emmerich. Er tritt für die Anspruchs-konkurrenz beim Eingriffserwerb ein und will den Ausschließlichkeitscharakter auf die Verwendungs-ansprüche beschränken. Emmerich, Verhältnis, zusammenfassend S. 193 ff; ähnlich Pinger, Funktion, S. 137 ff;
- (54) Gegen den Ausschließlichkeitscharakter der §§ 987 ff im Falle der Eingriffskondiktion im wesentlichen auch: Wolff-Raiser, SachR. § 84 I, S. 320; § 85 I, S. 333; Medicus, BGB, § 23 V, S. 254 ff; Westermann, SachR. § 31 III, S. 143; Wolf, SachR. § 6 VII, S. 171 ff;

lich auch nach den Vorschriften der §§ 987 ff. (55) Sollte trotz Eingriffserwerbs dennoch bei dem Schuldner das Vertrauen auf den Bestand des Erwerbs vorliegen, so besteht kein Grund ihm die Vorteile zu versagen, die auch dem gutgläubigen Schuldner einer Leistungskondition zustehen. (56) Für die Annahme eines qualitativen Unterschiedes des Vertrauens auf den Bestand des Erwerbs, der eine unterschiedliche Haftung rechtfertigen könnte, je nachdem, ob der Erwerb aufgrund einer Leistung oder aber eines Eingriffs erlangt wurde, bestehen keinerlei Anhalts-

-
- (55) Bei fehlendem Vertrauen auf den Bestand des Erwerbs ist der Bereicherungsausgleich sogar umfangreicher als eine ausschließliche Haftung nach §§ 987 ff. Vgl. oben § 8 Ziff. 2, 3 S. 114 ff;
- (56) Wesentlich für die Auffassung, daß im Falle der Eingriffskondition §§ 987 ff ausschließlich zu gelten haben, ist das Argument, daß die Nutzungsansprüche der §§ 987 ff nach der ihnen zugrunde liegenden Interessenbewertung als besondere Fälle der Eingriffskondition anzusehen seien. Vgl. oben § 8 Ziff. 3 d, S. 132 Note 47; Dieses Argument kann jedoch keineswegs überzeugen. Nicht nur der Anspruch aus § 985, sondern auch die aus §§ 987 ff sind abhängig von dem Bestehen oder Nicht-Bestehen eines den Besitz rechtfertigenden Grundes (§ 986). Das Nicht-Bestehen eines derartigen Grundes liegt jedoch nicht nur in einem Eingriff begründet, sondern kann auch, wie im Falle einer Leistungskondition, auf die Nichtigkeit einer vertraglichen Vereinbarung zurückzuführen sein. Warum sollen dann die §§ 987 ff keine besonderen Fälle der Leistungskondition sein? M.E. kann nur die Aussage in den Materialien, nach der die §§ 812 ff in jedem Fall den Vorrang haben, das maßgebende Argument für die Lösung des Konkurrenzverhältnisses zwischen §§ 812 ff und §§ 987 ff sein.

punkte. (57)

Um abschließend den Bezug zu dem Ausgangspunkt der Erörterungen über das Verhältnis zwischen §§ 812 ff und §§ 987 ff wieder herzustellen, ist zusammenfassend als Ergebnis zu nennen, daß die Regelung der §§ 987 ff nicht im Widerspruch zu dem dargelegten Umfang des "eigentlichen Bereicherungsanspruchs" (§§ 818 Abs. 1, 2 und 4, 819 ff) steht. (58) Diese Frage war im Zusammenhang mit der Haftung des Bereicherungsschuldners bei Bösgläubigkeit und der sich aus § 819 Abs. 1 ergebenden Verweisung auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis aufgetreten. Sie hat darüberhinaus insbesondere aber auch Bedeutung für die Fälle, in denen der Schuldner kein Eigentum an der empfangenen Leistung erhalten hat und die später noch im einzelnen erörtert werden.

§ 9

Bereicherungsausgleich bei nur einseitig erfüllten gegenseitigen Verträgen

1. Das Problem

Für nur einseitig erfüllte gegenseitige Verträge hat die Saldotheorie weder in ihrer ursprünglichen Form noch mit der Begründung einer Bindung an das faktische

-
- (57) Die Auswirkungen der Subsidiarität der §§ 987 ff, auch bei Vorliegen einer Eingriffskondition, sind, soweit unbedingt notwendig, dargestellt worden. Eine detaillierte Darstellung des Konkurrenzverhältnisses zwischen §§ 812 ff und §§ 987 ff unter Berücksichtigung des hier dargelegten Umfangs der "eigentlichen Bereicherungshaftung", würde allerdings den Rahmen der Arbeit sprengen.
- (58) Vgl. oben § 8 Ziff. 2 S. 114 ff;

Synallagma eine befriedigende Lösung gefunden. Die Saldotheorie muß nämlich bei der Abwicklung einseitig erfüllter gegenseitiger Verträge den Grundsätzen der Zweikonditionenlehre folgen, da sich die für die Berücksichtigung der Gegenleistung vorausgesetzte Bindung zwischen Leistung und Gegenleistung erst ergibt, wenn der nichtige Vertrag tatsächlich vollzogen ist. (1)

Neue Gesichtspunkte zur Lösung dieser Frage bietet die hier vertretene Auffassung über die Entstehung des Vertrauens auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung, des guten Glaubens i.S.d. § 818 Abs. 3. (2) Problemlos ist danach zunächst nur zweierlei:

Bei einseitiger Erfüllung vertraut auf die Endgültigkeit der Leistung nur der Empfänger, der das Austauschverhältnis bewußtseinsmäßig nicht erfaßt und auch keine positive Kenntnis von der Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit des Vertrags gehabt hat. (3) In diesem Fall kommt § 818 Abs. 3 voll zur Anwendung. Die Abwicklung erfolgt wie bei einem einseitig verpflichtenden Vertrag. (4) Eine ungerechtfertigte "wirtschaftliche Ersparnis" tritt unter diesen Umständen bei der bereicherungsrechtlichen Abwicklung nicht auf.

Keine Schwierigkeiten bereitet auch die Beurteilung der Haftung, wenn der Empfänger die Nichtigkeit oder die Anfechtbarkeit des Vertrages positiv kannte

-
- (1) Staudinger-Seufert § 818 Anm. 45 a; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 812 Anm. 65 f; Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 42; Erman-Seiler § 818 Anm. 27 f; v.Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 386 f; Leser, Faktisches Synallagma, S. 49 ff; kritisch hierzu Diesselhorst, Natur der Sache, S. 62 ff; Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 72 ff;
- (2) vgl. oben unter § 5 Ziff. 1 ff, S. 51 ff;
- (3) vgl. oben unter § 5 Ziff. 2 S. 54 ff; Ferner ist natürlich auch Voraussetzung, daß der Tatbestand der §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 2, 820 nicht gegeben ist.
- (4) Vgl. oben § 5 Ziff. 2 b, S. 58 ff u. Ziff. 3, S. 60 ff;

(§ 819 Abs. 1). Der Leistungsempfänger haftet dann unabhängig davon, ob er die Bedeutung des Austauschverhältnisses kannte oder nicht, nach den bereits dargelegten Grundsätzen der Haftung Bösgläubiger (§§ 818 Abs. 1, 2 und 4, 819 Abs. 1, 292, 987 ff). (5)

Weniger einfach ist jedoch die Frage der Haftung, wenn der Leistungsempfänger nur infolge der Nichterbringung seiner Gegenleistung nicht auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung vertrauen konnte und es deshalb auch an einem guten Glauben i.S.d. § 818 Abs. 3 fehlt. (6) Aus dem Fehlen des Vertrauens auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung ergibt sich aufgrund der bisherigen Darstellungen nicht ohne weiteres, daß den Leistungsempfänger eine dem "eigentlichen Bereicherungsanspruch" (§§ 818 Abs. 1, 2 und 4, 819 ff) entsprechende Haftung in vollem Umfang trifft. Fraglich ist vor allem die Anwendbarkeit des § 819 Abs. 1 bzw. eine dem Rechtsgedanken der §§ 818 Abs. 4, 819 ff entsprechende Haftung. Ihrem Wortlaut nach treffen weder §§ 819 Abs. 1 noch 818 Abs. 1, 819 Abs. 2, 820 auf die in Frage stehende Situation zu. Obwohl am ehesten an eine ausdehnende Auslegung des § 819 Abs. 1 zu denken ist, besteht das Problem hierbei darin, daß der böse Glaube weder auf der positiven Kenntnis (7) noch auf der fahrlässigen Nichtkenntnis (8) vom Fehlen des Rechtsgrundes oder der Anfechtbarkeit des Vertrags-

-
- (5) Vgl. oben unter § 8 S. 109 ff; Dasselbe gilt selbstverständlich, wenn zwar die Bedeutung des Austauschverhältnisses nicht erkannt worden ist, aber die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 2, 820 vorliegen.
- (6) Vgl. oben unter § 4 S. 40 ff;
- (7) Die h.M. stellt auf die positive Kenntnis ab: vgl. statt aller: Palandt-Thomas § 819 Anm. 1, 6; Soergel-Siebert-Mühl § 819 Anm. 5; RGZ 54, 25 ff (27); 69, 245 ff (247); 72, 152 ff (155);
- (8) Soweit ersichtlich nur Fr. Leonhard, SchR. Bd. 2 § 282, S. 532;

verhältnisses beruht. (9) Die frühere Andeutung, daß § 818 Abs. 1 auch zu gelten hat, wenn das Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs fehlt, weil der Leistungsempfänger das Austauschverhältnis bewußtseinsmäßig erfaßt, seinerseits aber noch nicht geleistet hat, bedarf daher noch einer näheren Darlegung. (10)

Der der Haftung nach §§ 818 Abs. 4, 819, 820 zugrunde liegende Gedanke hat Argumente für den Umfang des in § 818 Abs. 3 geschützten Vertrauens geliefert. Das in dieser Argumentationsweise zum Ausdruck gebrachte Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen diesen Bestimmungen und § 818 Abs. 3 legt natürlich den Schluß nahe, daß immer, wenn das Vertrauen auf den Bestand des Erwerbs fehlt, gleichgültig aus welchen Gründen, die den §§ 818 Abs. 1, 2 und 4, 819 ff entsprechenden Haftungsgrundsätze eingreifen müssen. Allein die bisherige Auslegung der §§ 818 Abs. 4, 819 ff trifft nicht die Fälle, in denen das Vertrauen auf den Bestand des Erwerbs nur deshalb fehlt, weil der Leistungsempfänger das Austauschverhältnis bewußtseinsmäßig erfaßt, seinerseits aber noch nicht geleistet hat. Wollte man jedoch ausschließlich der bisherigen Auslegung der §§ 818 Abs. 4, 819 ff folgen, so gäbe es zwei Lösungswege: Entweder man müßte es trotz des fehlenden Vertrauens auf den Bestand des Erwerbs und trotz des Bewußtseins, die Leistung wieder herausgeben zu müssen, bei der Regelung des § 818 Abs. 3 belassen oder aber man müßte allein §§ 818 Abs. 1 und 2 unter Ausschluß

-
- (9) § 819 gilt im Falle der Anfechtungsberechtigung. H.M. vgl. für viele: Erman-Seiler § 819 Anm. 2; Palandt-Thomas § 819 Anm. 2 b; Staudinger-Seufert § 819 Anm. 2 m.w.N.; Soergel-Siebert-Mühl § 819 Anm. 12; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 819 Anm. 9; RG JW 1932, 1724; a.A. RGZ 101, 389;
- (10) vgl. oben unter § 5 Ziff. 2 a, S. 54 ff.

des § 818 Abs. 3, sowie der §§ 819 ff anwenden. Beide Wege sind aber wenig geeignet, um zu überzeugenden Ergebnissen zu gelangen. Im ersten Fall würde man die Funktion des § 818 Abs. 3 als ausnahmsweise Begünstigung des auf die Endgültigkeit des Erwerbs vertrauenden Leistungsempfängers verneinen. Man würde den Schutz des § 818 Abs. 3 auf all die Bösgläubigen ausdehnen, deren böser Glaube nicht auf die nach h.M. für §§ 818 Abs. 4, 819 ff geltenden Voraussetzungen zurückzuführen ist. Ebenso kann auch der zweite Weg nicht überzeugen. Zwar würde dann dem Zweck des § 818 Abs. 3 Rechnung getragen, nicht aber ließe sich die doch verhältnismäßig milde Haftung bei alleiniger Anwendung des § 818 Abs. 1 und 2 (11) gegenüber der weitreichenderen Haftung derjenigen erklären, deren böser Glaube auf § 818 Abs. 4 oder aber auf der positiven Kenntnis i.S.d. herrschenden Auslegung des § 819 Abs. 1 beruht.

Es stellt sich daher die Frage nach einer über die h.M. hinausgehenden Ausdehnung der in §§ 818 Abs. 4, 819 ff enthaltenen Haftungsgrundsätze.

2. Die Erfassung einseitig erfüllter gegenseitiger Verträge im Wege einer Rechtsanalogie zu §§ 818 Abs. 4, 819, 820

a. Einzelanalogie oder Rechtsanalogie (Gesamtanalogie)

Der Unterschied zwischen Einzelanalogie und Rechtsanalogie (Gesamtanalogie) besteht darin, daß die

(11) Mild wäre die alleinige Haftung nach §§ 812, 818 Abs. 1 und 2 nur im Verhältnis zu der dargelegten Haftung entsprechend dem "eigentlichen Bereicherungsanspruch", da sie selbst bei verschuldetem Untergang der empfangenen Leistung nur zu einer Wertersatzpflicht nicht aber zu einer Schadensersatzpflicht führen könnte. (Vgl. oben unter § 8 S. 109 ff.)

Einzelanalogie eine gegebene Regel auf einen nur "ähnlichen" Tatbestand überträgt, die Gesamtanalogie dagegen eine Regel oder meist eine Mehrheit von Regeln auf einen allgemeinen Grundsatz zurückführt, von dem jede einzelne Regelung nur als ein Anwendungsfall unter mehreren erscheint. (12)

Eine Einzelanalogie zu einer der Regeln in §§ 818 Abs. 4, 819, 820 scheitert schon daran, daß ihre tatsächlichen Voraussetzungen schlecht vergleichbar sind mit den Gegebenheiten eines nichtigen, einseitig erfüllten gegenseitigen Vertrags, bei dem die empfangene Leistung schon vor Rechtshängigkeit oder Kenntnis der Nichtigkeit bei dem Empfänger, der dennoch nicht auf die Endgültigkeit seines Erwerbs vertrauen konnte, verschlechtert worden oder untergegangen ist. So fällt es z.B. auch schwer, die tatsächliche Vollziehung des gegenseitigen Leistungsaustausches mit dem "ungewissen Ereignis" i.S.d. § 820 völlig gleichzustellen.

Denkbar ist aber, daß eine Rechtsanalogie zu einer den §§ 818 Abs. 4, 819 ff entsprechenden Haftung führt, wenn es einen Rechtsgrundsatz gibt, daß derjenige, der mit der Herausgabe einer Sache rechnen muß, im Falle ihrer Verschlechterung oder Vernichtung nicht nur Wertersatz, sondern bei gegebenem Verschulden auch Schadensersatz bzgl. der empfangenen Sache zu leisten hat.

Die Haftungsregeln des Bereicherungsrechts schließen eine Ergänzung nicht aus. Für die Annahme, daß es sich bei den §§ 818 Abs. 4, 819 ff um eine in sich

(12) Larenz, Methodenlehre, S. 359 ff (365 f);

geschlossene, abschließende Regelung handelt, die jede Ergänzung und Ausdehnung unmöglich macht, bestehen keine Anhaltspunkte. Die durch sie geregelten Sachverhalte können lediglich als beispielhafte Fallgestaltungen innerhalb des Bereicherungsrechts verstanden werden, in denen der Empfänger mit der Herausgabe der empfangenen Leistung rechnen muß.

Allerdings war die Rechtsprechung und Lehre bisher hinsichtlich einer Ausdehnung der sog. verschärften Haftung innerhalb des Bereicherungsrechts zurückhaltend. Die Anwendung von § 819 Abs. 1 auf den Leistungsempfänger, der die Anfechtbarkeit des Schuldverhältnisses gekannt hat (13), kann nur als Zeichen für eine mögliche Ausdehnung gesehen werden, da das Gesetz hierfür in § 142 Abs. 2 einen eindeutigen Hinweis gibt, ohne jedoch ausdrücklich auf § 819 zu verweisen. Die von dem Gesetz in diesem speziellen Fall eröffnete Möglichkeit ist aber als richtungsweisend anzusehen.

Die Schließung der Lücke in dem bereicherungsrechtlichen Haftungssystem bzgl. der einseitig erfüllten Verträge im Wege der Rechtsanalogie hängt darüber hinaus aber noch davon ab, ob eine §§ 818 Abs. 4, 819, 820 entsprechende Haftung nicht anderen Rechtsätzen und Prinzipien widerspricht, die gegebenenfalls Einschränkungen notwendig machen.

- b. Der zu einer §§ 818 Abs. 4, 819, 820 entsprechenden Haftung führende allgemeine Rechtsgedanke

Das BGB kennt einen allgemeinen Rechtsgedanken, dessen Inhalt, wie folgt, umschrieben werden kann:

(13) Vgl. oben unter § 9 Ziff. 1 S. 138 ff;

Derjenige, der infolge tatsächlicher Umstände das Bewußtsein hat, eine Sache gegebenenfalls wieder herausgeben zu müssen, haftet bei verschuldeter Verschlechterung oder Vernichtung derselben für den daraus entstehenden Schaden.

Innerhalb des Bereicherungsrechts sind die §§ 818 Abs. 4, 819, 820 Ausdruck dieses Gedankens. Er ist aber nicht auf das Bereicherungsrecht beschränkt, sondern findet sich an den verschiedensten Stellen des BGB wieder. Zu nennen sind u.a. §§ 242 Abs. 2, 292, 325, 326 i.V.m. 327; 346 ff, 467, 989 ff, 2021 ff. Hinzu kommt noch eine Vielzahl anderer Vorschriften, die eine Verweisung auf das Bereicherungs-, Wandlungs- und Rücktrittsrecht sowie das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis enthalten. Aber auch außerhalb des BGB hat dieser Gedanke seinen Niederschlag gefunden, vgl. z.B. §§ 1 und 2 AbzG.

Welche Bedeutung dem Rechtsgedanken innerhalb des BGB zukommt, zeigt insbesondere § 292. Durch dessen Stellung im allgemeinen Teil des Schuldrechts wird deutlich, daß er selbst dann gilt, wenn es keine ausdrückliche Regelung über die Haftung im Falle eines Herausgabeanspruchs gibt. Dieser Rechtsgedanke ist weithin auch anerkannt. Er hat Rechtsprechung und Lehre u.a. dazu bewegt, im Falle des gesetzlichen Rücktrittsrechts infolge von Leistungsstörungen (§§ 325, 326, 327) die verschärfte Haftung nicht schon ab Empfang der Leistung, sondern erst ab Kenntnis der Rücktrittsvoraussetzungen gelten zu lassen.⁽¹⁴⁾ Allein in der Fixierung des Eintritts der verschärften Haftung auf diesen Zeitpunkt liegt keine konsequente Anwendung dieses Rechtsgedankens.

(14) Vgl. Nachweise bei Thielmann VersR. 1970, 1069 ff (1070);

Bei der Kenntnis der Rücktrittsvoraussetzungen handelt es sich um den spätesten Zeitpunkt, in dem von dem Bewußtsein des Empfängers, die Sache wieder herausgeben zu müssen, ausgegangen werden muß. Im Einzelfall kann dieses Bewußtsein aber auch schon vor Kenntnis der Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen, z.B. im Zeitpunkt der Entscheidung des Verpflichteten, nicht mehr leisten zu wollen. Von dieser Zeit an muß der Verpflichtete als Partner eines gegenseitigen Vertrags, der das synallagmatische Austauschverhältnis bewußtseinsmäßig erfaßt hat, mit der Geltendmachung aller dem anderen Vertragspartner zustehenden Rechte rechnen, u.a. auch mit dem Herausgabeverlangen hinsichtlich der empfangenen Leistung. Diese Situation entspricht im übrigen genau der bei einem vertraglich vereinbarten Rücktrittsrecht. Auch hier weiß der betreffende Vertragspartner noch nicht, ob es zu der Ausübung des Rücktrittsrechts kommen wird. Aber dennoch unterliegt er von dem Zeitpunkt des Empfangs der Leistung an der weitreichenden Haftung des § 347, weil er wenigstens positiv weiß, daß die Ausübung des Rücktrittsrechts möglich ist. (15)

Einen überzeugenden Grund für den generellen Ausschluß der verschärften Haftung vor Kenntnis der Rücktrittsvoraussetzungen besteht im Falle des gesetzlichen Rücktrittsrechts nicht. Andererseits erscheint die Auffassung von Wolf (16) aber zu weitgehend, der im Fall des gesetzlichen Rücktrittsrechts die Haftung nach § 347 schon im Zeitpunkt des Empfangs der Leistung eintreten lassen will. Sowohl bei der herrschenden Auffassung als auch bei der Ansicht von Wolf wird der eigentliche Grund für die scharfe Haftung, der in

(15) Dies ist auch allgemein als Grund für die weitreichende Haftung des § 347 im Falle des vertraglichen Rücktrittsrechts anerkannt. Vgl. statt aller: Palandt-Heinrichs § 347 Anm. 2; Staudinger-Kaduk § 347 Anm. 8 ff;

(16) Wolf AcP 153 (1954), 97 ff (121 ff);

dem Bewußtsein des Empfängers, die Sache wieder herausgeben zu müssen, zu sehen ist, nicht ausreichend berücksichtigt.

Gegen die Annahme, daß die verschärfte Haftung allein von der Kenntnis der Rücktrittsvoraussetzungen abhängt, spricht auch eine weitere Überlegung. Die Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen eines gesetzlichen Rücktrittsrechts (z.B. §§ 326, 327) würde spezifische juristische Kenntnisse voraussetzen. Ankommen kann es aber nur auf Vorstellungen, die aufgrund einer Wertung der tatsächlichen Umstände in der Laiensphäre entstehen könnten, und somit dem Bewußtsein, die empfangene Leistung möglicherweise wieder herausgeben zu müssen. (17)

Auch bei der Diskussion über den Eintritt der verschärfen Haftung im Rahmen des Wandelungsrechts (§ 467) spielt der genannte Rechtsgedanke eine Rolle. Allerdings hat er sich bisher noch nicht in seiner vollen Bedeutung durchsetzen können. Obwohl die Rechtsprechung und ein großer Teil der Lehre, die Notwendigkeit offenbar empfunden haben, den Beginn der verschärfen Haftung aus §§ 467 i.V.m. 347 auf einen späteren Zeitpunkt zu verlegen als den Empfang der Kaufsache, waren Billigkeitserwägungen dafür entscheidend, ihr nicht zu folgen. (18) Nur wenige treten

(17) Vgl. oben unter § 4 Ziff. 2, S. 42 ff Note 7; BGHZ 26, 206; 32, 76 ff;

(18) Erman-Weitnauer § 467 Anm. 7; Staudinger-Ostler § 467 Anm. 4; RGZ 145, 79 ff (82) als grundlegende Entscheidung. Vgl. im übrigen die Nachweise zu der h.M. bei Thielmann VersR 1970, 1069 ff (1070); Bei Soergel-Siebert-Ballerstedt § 467 Anm. 4 heißt es u.a.: ... "es wäre unbillig solche Schädigungen, die der Käufer vor dem Entschluß zur Wandelung der Kaufsache zugefügt hat, den Verkäufer tragen zu lassen." Dieser Gedanke überzeugt jedoch nicht ganz. Der Käufer rechnet erst mit einer möglichen Herausgabe der empfangenen Leistung, wenn er einen Wandelungsgrund kennt. Erst

neuerdings wieder für eine verschärfte Haftung erst ab Kenntnis des Wandelungsrechts ein und somit für eine konsequente Verwirklichung des genannten Rechtsgedankens, der auch von den Vertretern der gegenteiligen Auffassung in seinem Grundsatz nicht verneint wird. (19)

c. Die generelle Tauglichkeit der Rechtsanalogie zu §§ 818 Abs. 4, 819 ff

Zur Tauglichkeit der Erfassung einseitig erfüllter Verträge mit Hilfe des dargestellten Rechtsgedanken der §§ 818 Abs. 4, 819 ff ein Beispiel:

A übergibt aufgrund eines Tauschvertrags B einen Motorroller. Die vertragsgemäße Leistung von B an A unterbleibt, weil B an dem Vertrag kein Interesse mehr hat. Zwischenzeitlich geht die empfangene Leistung bei B durch sein Verschulden unter. Erst später stellt sich heraus, daß der Vertrag von Anfang an nichtig war.

Da B die Nichtigkeit des Vertrags zunächst nicht gekannt hat, war er insoweit im guten Glauben. Dieser gute Glaube umfaßt aber nicht auch das Vertrauen auf den Bestand des Erwerbs. Gerade infolge seiner falschen Vorstellungen, es handele sich um einen wirksamen Vertrag, mußte B damit rechnen, die empfangene Leistung wieder herausgeben zu müssen, wenn er seiner-

von diesem Zeitpunkt muß er davon ausgehen, daß er sich möglicherweise zu einer Wandelung entschließt und es infolgedessen zu einem Rücktausch kommt. Daß es unbillig ist, die vor dieser Zeit eingetretenen Schäden an der Sache den Verkäufer tragen zu lassen, ist nicht einzusehen, denn er ist es, der - wenigstens in der Regel - den Wandelungsgrund zu vertreten haben wird. Den Eintritt des Mangels einer Kaufsache in vollem Umfang allein dem Käufer anzulasten, würde zu weit führen.

(19) Larenz, SchR. Bd. 1 § 26, S. 298; Thielmann VersR 1970, 1069 ff; Palandt-Putzo § 467 Anm. 3a;

seits nicht leistet. Trotz oder gerade wegen seines guten Glaubens hinsichtlich der Bindungswirkung des Vertragsverhältnisses fehlt also B, da er selbst nicht geleistet hat, das Vertrauen auf den Bestand der empfangenen Leistung. Nun fragt es sich, ob B tatsächlich der verschärften Haftung entsprechend dem Grundgedanken der §§ 818 Abs. 4, 819 ff unterworfen werden kann, obwohl seine Bösgläubigkeit hinsichtlich des Bestandes der empfangenen Leistung auf den falschen Vorstellungen, dem guten Glauben hinsichtlich der Bindungswirkung bzw. der Nichtigkeit des Vertrags beruht. Die Frage stellt sich vor allem deswegen, weil es zweifelhaft ist, ob die Unkenntnis der Nichtigkeit eines Vertragsverhältnisses und die sich daraus ergebenden Folgen einem Teilnehmer am rechtsgeschäftlichen Verkehr zum Nachteil gereichen dürfen.

Schützenswerte Interessen des B, die wegen seines guten Glaubens hinsichtlich der Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrags einer den §§ 818 Abs. 4, 819 ff entsprechenden Haftung bzgl. der empfangenen Leistung entgegenstehen könnten, bestehen aber nicht. Seine falschen Vorstellungen über die Bindungswirkung des Vertrags können insoweit keine Bedeutung haben. Denn selbst, wenn die Vorstellungen des B bezüglich der Wirksamkeit bzw. Nichtigkeit des Vertrags zutreffend gewesen wären, hätte er nach den gleichen Maßstäben haften müssen. (21) Er wird infolge der Unkenntnis über die Nichtigkeit des Vertrags also nicht schlechter gestellt, als wenn er die wirkliche Sachlage gekannt hätte.

(20) Da B den Rücktrittsgrund gekannt hat, hätte er, falls der Vertrag wirksam gewesen wäre und infolge der Leistungsverweigerung das gesetzliche Rücktrittsrecht ausgeübt worden wäre, gemäß § 347 verschärft haften müssen. Vgl. oben § 9 Ziff. 2 b S. 143 ff m.w.N. Im Falle der Kenntnis der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts hätte sich der gleiche Haftungsumfang, die sog. verschärfte Haftung, direkt aus §§ 819 ff ergeben.

Es erscheint auch gerecht, wenn die verschärfte Haftung entsprechend dem Grundgedanken der §§ 818 Abs. 4, 819 ff in jedem Fall, von dem Zeitpunkt an gilt, in dem der Empfänger damit rechnen mußte, die empfangene Leistung wieder herausgeben zu müssen, gleichgültig, ob dieses Bewußtsein auf die Kenntnis der Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses oder aber auf Umstände, die in der Unkenntnis über die Nichtigkeit liegen, zurückzuführen ist. Die gegenteilige Auffassung würde zu seltsamen und unbefriedigenden Ergebnissen führen, die sachlich keine Rechtfertigung finden.

Angenommen, in dem oben erwähnten Fall wäre die Nichtigkeit auf eine Anfechtung des A zurückzuführen, von deren Möglichkeit B nichts gewußt hat. Hier führt die gegenteilige Auffassung dazu, daß sich B hinsichtlich der untergegangenen Leistung auf § 818 Abs. 3 berufen könnte. Hätte aber A nicht angefochten, hätte er im Wege des gesetzlichen Rücktrittsrechts (§§ 325 ff) Schadensersatz für die bei B untergegangene Leistung erhalten. (21) Warum sollte sich nun aber B, nur weil der Vertrag angefochten worden ist und für den Zeitpunkt des Untergangs der empfangenen Leistung keine der im Bereicherungsrecht enthaltenen Vorschriften über die verschärfte Haftung ausdrücklich paßt, auf "Entreicherung" berufen können und A leer ausgehen? Eine Erklärung hierfür, die nur einigermaßen überzeugen könnte, gibt es nicht.

d. Zusammenfassung

Als Ergebnis kann festgehalten werden: Die bereicherungsrechtliche Abwicklung einseitig erfüllter ge-

(21) Vgl. oben S. 148 Note 20;

gegenseitiger Verträge erfolgt nach den Grundsätzen über die "verschärfte" Haftung, selbst wenn die Vorstellung, die empfangene Sache wieder herausgeben zu müssen, nicht auf der Kenntnis der Nichtigkeit des Vertrags beruht. Dies ergibt sich aufgrund eines allgemeinen Rechtssatzes, der den §§ 818 Abs. 4, 819 ff zugrunde liegt. Eine Einschränkung wird nur dann notwendig, wenn die Haftung bei Wirksamkeit des Vertrags weniger scharf gewesen wäre, da dem Verpflichteten aus der Unkenntnis keine Nachteile erwachsen dürfen. (22)

3. Umfang der Haftung bei einseitig erfüllten Verträgen

Die bereicherungsrechtliche Abwicklung einseitig erfüllter Verträge nach der dargelegten Regel besagt noch nichts darüber, ob die Haftung in allen Fällen, in denen der Empfänger mit der Herausgabe hat rechnen müssen, den gleichen Umfang hat. Die Beurteilung des Verschuldens bei Untergang der empfangenen Leistung bildet vielmehr ein Korrektiv, wodurch der Umfang der Haftung der Situation des einzelnen Falls angepaßt werden kann. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen z.B. die Gegenleistung gestundet oder aber Ratenzahlung vereinbart war. Auch in diesen Fällen kann der Empfänger der Leistung, solange er seine Gegenleistung noch nicht oder nicht vollständig erbracht hat, nicht auf die Endgültigkeit seines Erwerbs vertrauen. Daher müssen auch hier die Regeln der verschärften Haftung im Grundsatz zur Anwendung kommen. Allerdings kann dem Leistungsempfänger ein Verschulden bei Verschlechterung oder Untergang der

(22) Vgl. ganz ähnlich im Ansatzpunkt Esser, SchR. § 105 II S. 384;

empfangenen Sache nur zur Last gelegt werden, wenn die Verschlechterung oder der Untergang nicht auf den üblichen Gebrauch der Sache zurückzuführen ist. Durch die Stundungs- oder Ratenzahlungsvereinbarung kommt nämlich die Einwilligung des Leistenden in eine dem üblichen Gebrauch entsprechende Nutzung zum Ausdruck, die insoweit ein schuldhaftes Handeln ausschließt. Selbst, wenn diese Vereinbarung nichtig ist, kann in dem bei Wirksamkeit des Vertrags gestatteten Gebrauch kein objektiver Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten gesehen werden, solange der Empfänger die Nichtigkeit des Vertrags nicht kennt. Bis zur Kenntniserlangung von der Nichtigkeit darf der Empfänger davon ausgehen, die Sache vertragsmäßig nutzen zu dürfen, und kann deshalb in diesem Rahmen auch nicht schuldhaft handeln. Nicht befreit ist er allerdings von der Pflicht zum Wertersatz. Sie ist unabhängig von einem Verschulden und gehört zu dem Umfang des "eigentlichen Bereicherungsanspruchs". (23)

Nach herrschender Auffassung ist die Haftung des Abzahlungskäufers jedoch im Falle des Rücktritts bei einem nach dem Abzahlungsgesetz zu beurteilenden Rechtsgeschäft milder. Der Unterschied zu dem hier vertretenen Haftungsumfang findet aber keinen sachlichen Grund. Es ist nicht einzusehen, wieso der Abzahlungskäufer bei Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts schlechter gestellt sein sollte, als nach Ausübung des Rücktrittsrechts durch den Abzahlungsverkäufer. Eher verständlich wäre eine gegenüber den Rücktrittsfolgen erleichterte Haftung bei Nichtigkeit des Vertrags, da die Nichtigkeitsgründe anders als die Rück-

(23) Vgl. oben unter § 8 Ziff. 2 S. 114 ff;

trittsgründe, nicht ausschließlich in der Sphäre des Abzahlungskäufers zu liegen brauchen. (24)

Der Grund für diese Unstimmigkeit liegt aber allein in der einseitigen Auslegung des § 2 Abs. 1 AbzG durch die herrschende Meinung. Sie verneint einen Wertersatzanspruch mit der folgenden Überlegung:

Nach herrschender Auffassung liegt in § 2 Abs. 1 S. 1 AbzG die Regelung eines Schadensersatzanspruchs bei verschuldetem Untergang. Dem ist voll zuzustimmen. Im Grundsatz wird von ihr auch nicht verkannt, daß die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 S. 2 AbzG eigentlich einen Wertersatzanspruch zulassen, wenn die empfangene Leistung infolge des üblichen Gebrauchs bzw. zufällig untergegangen ist. Nach h.M. ist aber der Wertersatzanspruch des § 2 Abs. 1 S. 2 AbzG schon durch § 2 Abs. 1 S. 1 AbzG ausgeschlossen. Hieraus wird dann der an sich richtige Schluß gezogen, daß durch die Regelung des § 2 Abs. 1 S. 2 AbzG nicht der Weg zu einem Wertersatzanspruch, der durch Satz 1 des gleichen Paragraphen ausgeschlossen sei, eröffnet werden könne. (25)

Unzutreffend erscheint jedoch der Ausgangspunkt für diese Schlußfolgerung. § 2 Abs. 1 S. 1 AbzG schließt allein einen Schadensersatzanspruch infolge unverschuldeter Verschlechterung aus, indem dieser ausdrücklich von dem Vorliegen eines Verschuldens abhängig gemacht wird. Nichts gesagt wird in dieser Bestimmung über einen Wertersatzanspruch. Da der Wertersatzanspruch einen anderen Charakter als ein Schadensersatzanspruch hat und auch seinem Umfang

(24) Vgl. Erman-Weitnauer-Klingsporn § 2 AbzG Anm. 57; Ostler-Weidner § 2 AbzG Anm. 64, 89 m.w.N.; Janka BB 1950, 10 f m.w.N.;

(25) vgl. z.B. Hausmann § 2 AbzG Anm. 5 D, S. 78 ff; Samter § 2 AbzG S. 51 ff; Klauß § 2 AbzG Rdn.209; RGZ 147, 344 ff; OLG Königsberg DAR 1942 Nr. 5; offengelassen ist die Frage bei Soergel-Siebert-Ballerstedt § 455 Anm. 15 ff; Palandt-Putzo § 2 AbzG Anm. 5;

nach geringer ist als dieser, läßt sich nicht begründen, daß durch den Ausschluß des Schadensersatzanspruchs bei unverschuldetem Untergang der Wertersatzanspruch mitumfaßt ist. Dieser wird vielmehr gerade durch § 2 Abs. 1 S. 2 AbzG geregelt. Ein Unterschied zwischen dem Haftungsumfang bei Nichtigkeit eines Abzahlungsgeschäfts und dem Rücktritt des Abzahlungsverkäufers, der die hier vertretene Auffassung erschütterte hätte, besteht also nicht.

§ 10

Bereicherungsausgleich bei Nichtigkeit der Erfüllungsgeschäfte

1. Allgemeines

Anhand eines Beispiels soll zunächst der Standpunkt der Saldotheorie des Reichsgerichts in Erinnerung gerufen werden.

Aufgrund eines Tauschvertrages erhält A von B eine Holzfigur im Werte von 100,-- DM und B von A eine Sammlung von Briefmarken im Werte von 120,-- DM. Die Holzfigur wird bei A durch ein Feuer vernichtet. Später stellt sich heraus, daß der schuldrechtliche Vertrag und die Übereignung der Briefmarken nichtig waren.

Eine Saldierung kann hier nicht stattfinden, da § 985, solange dies möglich ist, eine gegenständliche Herausgabe verlangt. Deshalb erfolgt nach der Saldotheorie hier eine Abwicklung nach den Grundsätzen der Zweikonditionenlehre. Das bedeutet, A erhält seine Briefmarken, einen Wert von 120,-- DM zurück, während B leer ausgeht, da sich A auf § 818 Abs. 3 berufen kann. Sobald aber an die Stelle des Anspruchs aus § 985 ein

Bereicherungsanspruch tritt, z.B. infolge Verarbeitung oder Weiterveräußerung (§§ 985, 816) wird eine Saldierung wieder für möglich gehalten. Unter diesen Umständen kann A von B nur den Überschuß des Werts in Höhe von 20,-- DM verlangen. (1) Dieses Ergebnis ist, obwohl die Grundlagen der Saldotheorie zu dieser Einschränkung zwingen, wenig befriedigend. Die Unterschiede in der Vermögensverteilung hängen von Umständen ab, die mit der Frage der Bereicherung, der Entstehung einer gerechtfertigten oder ungerechtfertigten Vermögensverschiebung wenig zu tun haben, z.B. von der Art der Leistung, je nachdem, ob diese zur weiteren Verarbeitung oder zur Weiterveräußerung bestimmt ist oder nicht.

Diese eigenartigen Ergebnisse lieferten einen weiteren Anlaß für die Kritik an der Saldotheorie. Bei den meisten der späteren Lösungsvorschläge, die auf der Grundlage der gegenseitigen Abhängigkeit der Ausgleichsansprüche beruhen, wurde daher auch eine Einbeziehung der Herausgabeansprüche des Eigentümers begründet und damit eine gewisse Einheitlichkeit des Haftungsumfangs erreicht. (2)

Obgleich hier diesen Lösungswegen im einzelnen nicht gefolgt wurde, kommt durch sie infolge der Einbeziehung der Ansprüche aus § 985 ein entscheidender Gedanke zum Ausdruck, der auch im Rahmen der hier vertretenen Grundlagen über den Bereicherungsausgleich beson-

-
- (1) Vgl. oben unter § 1 Ziff. 1 S. 5 ff;
(2) Descombes, S. 40 m.w.N.; Bohde, S. 35 ff; Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 164, 169 ff; von Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 386 f; Müllereisert, Haftungsvertrag, S. 160 ff; Leser, Faktisches Synallagma, S. 64 ff; im Ergebnis führt auch der Vorschlag von Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 39 ff zu einer Einbeziehung des Vindikationsanspruchs. Vgl. auch Diesselhorst, Natur der Sache, S. 62 ff; Flessner, Wegfall, S. 142 ff;

dere Bedeutung erlangt.

Betrachten wir die Ergebnisse im Ausgangsfall z.B. unter Anwendung der Lehre vom faktischen Synallagma.

(3)

A kann hiernach sein Eigentum zurückverlangen, muß allerdings seinerseits Ersatz für den von ihm empfangenen, aber untergegangenen Gegenstand leisten. Danach hat also A entsprechend § 323 die Gefahr für den Untergang der empfangenen Sache zu tragen.

Die in dieser Gefahrverteilung liegende Neuordnung des Vermögens nach einem fehlgeschlagenen Vertrag weicht insoweit von der Vermögensverteilung, die von den Vertretern der Saldotheorie für richtig gehalten wird, ab. Sie läßt, wenn es auch nicht ausdrücklich erwähnt wird, erkennen, daß dem A der Wert des in seinem Eigentum verbliebenen Gegenstandes und der der wirtschaftlichen Vorteile aus § 818 Abs. 3 durch das Gesetz seinem Vermögen nicht nebeneinander in vollem Umfang zugeordnet werden. Die dem Wortlaut des Gesetzes entsprechende Ordnung der Vermögenswerte, die sowohl von der Zweikonditionenlehre als auch von der Saldotheorie in ihrer ursprünglichen Form übernommen worden ist, kann daher nur formellen Charakter haben, während die materielle Neuordnung in einem Ausgleich der unbilligen Vermögensverteilung, die aufgrund der formellen Zuordnung entsteht, zu suchen ist.

Daß die materielle Neuordnung, der billige Ausgleich, mit einer Gefahrverteilung begründet wird, deren Grundlage in einer vertraglichen oder quasi-vertraglichen Bindung der beiderseitigen Ansprüche zu finden ist, ist nur von untergeordneter Bedeutung. Es handelt

(3) Leser, Faktisches Synallagma, S. 64 ff;

sich lediglich um einen Versuch, die materielle Neuordnung der Vermögenswerte rechtlich zu erfassen. Bemerkenswert allein ist der Gedanke, daß in der dem Gesetzeswortlaut entsprechenden Neuordnung der Vermögenswerte keine materielle, sondern vielmehr nur eine formelle Zuordnung gesehen wird. Dieser Gedanke eröffnet den Weg zu einer konsequenten Weiterführung der bisher entwickelten Grundzüge für den Bereicherungsausgleich bei nichtigen gegenseitigen Verträgen.

2. Die ungerechtfertigte "wirtschaftliche Ersparnis" nach beidseitiger Erfüllung

a. Bei Gutgläubigkeit des "entreicherten" Vertragspartners

Auch wenn das Erfüllungsgeschäft nichtig ist, tritt im Rahmen der Abwicklung bei demjenigen Vertragspartner eine ungerechtfertigte "wirtschaftliche Ersparnis" auf, der die Bedeutung des Austauschverhältnisses bewußtseinsmäßig erfaßt hat und sich auf § 818 Abs. 3 berufen kann, während er seinerseits die von ihm erbrachte Leistung zurückerhält. Sie ist, wie bei den bereits erörterten Fällen, im Wege der Eingriffskondiktion auszugleichen.

Gleich einer These ist das Ergebnis schon vorweg erwähnt worden, da nur noch wenige zusätzliche Überlegungen notwendig sind, um den Eintritt der "wirtschaftlichen Ersparnis" zu begründen. Ihre Darstellung soll an die Situation im Ausgangsfall anknüpfen. Hier kann A die von ihm erbrachte Leistung vindizieren (§ 985). Der Vindikationsanspruch aus § 985 gibt aber selbst keinen Aufschluß über einen möglichen vermögensmäßigen Ausgleich.

Der Anspruch aus § 985 ergibt sich aus dem bei A verbliebenen Eigentum der weggegebenen Sache. Er gewährt dem A nichts, was ihm nicht schon kraft des Eigentums zustand und bezweckt, daß A mit seiner Sache entsprechend seinem Eigentumsrecht (§ 903) verfahren kann. Mit § 985 wird eine fremde Sache und keine Leistung aus dem Vermögen verlangt. Der Anspruch entsteht allein aufgrund des objektiven Widerspruchs zwischen dem tatsächlichen und dem nach § 903 gewollten Zustand und stellt nicht auf die Art des Besitzverlustes ab. (4)

Der Anspruch aus § 985 ist also allein eine abstrakte Folge aus der Tatsache, daß A durch die Leistung an B das Eigentum an der weggegebenen Sache nicht verloren hat. Seine Durchsetzbarkeit hängt aber von der Frage der Besitzberechtigung des tatsächlichen Besitzers ab, die nach schuldrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist. Insoweit ist der Anspruch also abhängig von den schuldrechtlichen Beziehungen der Partelen. Diese Abhängigkeit rechtfertigt es auch, daß neben der sachenrechtlichen Zuordnung der von A erbrachten Leistung zu seinem Vermögen, die bereicherungsrechtliche Zuordnung Beachtung findet. Durch sie kann eine von der sachenrechtlichen Zuordnung abweichende Zuordnung begründet sein.

Ob irgendein schuldrechtlicher Ausgleichsanspruch infolge des fehlgeschlagenen Vertrags besteht oder entsteht, da A unter Berufung auf § 818 Abs. 3 von allen Verpflichtungen bzgl. der Herausgabe der empfangenen

(4) Baur, SachR. § 11, S. 80 f; Westermann, SachR. § 30 I, S. 128 f; Soergel-Siebert-Mühl, vor § 985 Anm. 1; Staudinger-Berg § 985 Anm. 1; Erman-Hefermehl § 985 Anm. 1 jeweils m.w.N.;

Leistung befreit ist, wird durch § 985 wegen seines abstrakten Charakters weder positiv noch negativ entschieden. Hierüber können allein die bereicherungsrechtlichen Vorschriften Aufschluß geben.

Aufgrund des Bereicherungsrechts (§ 812 Abs. 1 S. 1) wird A ebenfalls der Besitz der in seinem Eigentum verbliebenen Sache zurückgewährt. (5) Durch das Bereicherungsrecht wird daher die sachenrechtliche Stellung des A als Eigentümer der Sache nicht berührt. Obwohl es sich bei der "condictio possessionis" um einen schuldrechtlichen Anspruch handelt, wird durch ihn gleichfalls der Widerspruch zwischen der tatsächlichen und der rechtlichen Situation des A als Eigentümer beseitigt.

Unter bereicherungsrechtlicher Betrachtung des Falles findet sich aber bei A infolge der Wiedereinräumung des Besitzes und der Ausübung der Rechte aus § 818 Abs. 3 eine "wirtschaftliche Ersparnis". Das Vertrauen auf die Endgültigkeit der Leistung konnte auch hier erst, ebenso wie in den bisher erörterten Fällen, mit der Erbringung der, wenn auch unwirksam vereinbarten, Gegenleistung entstehen. Daß die Rechtsordnung eine wirksame Übereignung des Leistungsgegenstandes nicht zugelassen hat, spielt für die Frage der Entstehung des guten Glaubens keine Rolle.

Für die Beurteilung der auftretenden "wirtschaftlichen Ersparnis" ist noch von Bedeutung, daß dem A nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht nur das bloße Besitzrecht an der geleisteten Sache wieder eingeräumt wird, sondern ihm auch der vermögensmäßige Wert dieses Rechtes

-
- (5) Der Anspruch aus § 985 auf Wiedereinräumung des Besitzes steht in Anspruchskonkurrenz zur "condictio possessionis"; (§ 812 Abs. 1). Dies ist allgemein anerkannt; vgl. hierzu für alle: Soergel-Siebert-Mühl § 812 Anm. 197 m.w.N.;

wieder zufließt. Der Wert des Besitzrechts ist dabei dem des Eigentums gleichzuerachten. Denn wäre der schuldrechtliche Vertrag wirksam gewesen, hätte B ein Recht zum Besitz gehabt, so daß dem A weder ein Anspruch aus § 985 noch aus § 812 zugestanden hätte. Das Eigentum wäre dann bei einem Besitzrecht auf Dauer nur noch eine rechtliche Position ohne greifbaren vermögensmäßigen Wert.

Wegen weiterer Einzelheiten bzgl. der herauszugebenden "wirtschaftlichen Ersparnis", ihres Umfangs und ihrer Rechtsgrundlosigkeit kann auf die schon früher dargelegten Grundsätze verwiesen werden. (6)

Gegen den Eintritt einer herauszugebenden Ersparnis könnte nun eingewendet werden, daß das Eigentum an der Sache dem Vermögen des A zu keiner Zeit verloren gegangen war. Dieser Einwand wäre berechtigt, wenn die sachenrechtliche mit der wertmäßigen Zuordnung der Sache zu dem Vermögen der betreffenden Person gleichzusetzen wäre. (7) Diese Gleichsetzung ist aber nicht möglich, da die bereicherungsrechtlichen Vorschriften, die eine von der sachenrechtlichen Zuordnung abweichende wertmäßige Zuordnung, einen billigen Vermögensausgleich, anstreben, trotz des Anspruchs aus § 985 Geltung haben. (8) Dem Sachenrecht ist auch eine Unterscheidung zwischen sachenrechtlicher und wertmäßiger Zuordnung einer Sache bzw. eines Gegenstandes nicht fremd. Man denke nur an die Regelung der §§ 946 ff und das Problem, ob nach der Ersitzung dem früheren Eigentümer ein Ausgleichsanspruch zusteht. (9)

-
- (6) vgl. oben insbesondere unter § 6 S. 62 ff und § 7 S. 101 ff;
 - (7) vgl. hierzu die von Westermann, SachR. § 2 III, S. 9 ff vertretene These der doppelten Zuordnung.
 - (8) Vgl. oben unter § 6 S. 62 ff u. § 7 S. 101 ff.
 - (9) Für einen Bereicherungsausgleich in dem Fall, daß trotz der Ersitzung die Voraussetzungen einer Leistungskondition gegeben sind, sprechen sich aus: Soergel-Siebert-Mühl § 812 Anm. 177 m.w.N.;

Schließlich ist noch kurz die Situation zu betrachten, die eintritt, wenn nicht bei A, sondern bei B die empfangene Sache untergegangen ist. Hier scheidet ein Anspruch aus § 985 aus, weil der im Eigentum des A verbliebene Gegenstand nicht mehr vorhanden ist. Der Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 entfällt aber erst, wenn die Voraussetzungen des § 818 Abs. 3 vorliegen und diese Rechte geltend gemacht werden. Es bleibt daher bei den bisher entwickelten Grundsätzen über den Bereicherungsausgleich.

Sind z.B. beide Erfüllungsgeschäfte nichtig und ist bei beiden Partnern die empfangene Leistung untergegangen, so richtet sich auch hier der Vermögensausgleich bzgl. der Hauptleistungen ausschließlich nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen.

b. Bei Bösgläubigkeit des "entreicherten"
Vertragspartners

Die Haftung des Vertragspartners entspricht bei Bösgläubigkeit, da das Bereicherungsrecht neben den

Westermann, SachR. § 51 III, S. 247 ff; Baur, SachR. § 53 h III, S. 525; Wolff-Raiser, SachR. § 71 IV, S. 264 f; RGZ 130, 69; Oertmann, Recht 1910, 585 ff; ders. LZ 1933, 881 ff; v.Caemmerer, Festschrift Boehmer, S. 145 ff; Ehmann NJW 1969, 398 ff (400) Fußnote 19; Enneccerus-Lehmann, SchR. § 222 III, S. 892; Larenz, SchR. Bd. 2 § 68 II, S. 410 u. Fußnote 1; Folgt man dieser Auffassung, so zeigt sich, daß die Zuordnung des Eigentums (§ 937) insoweit nur formeller Natur ist, während sich die wertmäßige Zuordnung nach den in Frage kommenden Kondiktionsansprüchen richtet. A.A. allerdings: Erman-Hefermehl § 937 Anm. 6; Staudinger-Berg § 937 Anm. 4 m.w.N.; Heck, SachR. § 61, 5 S. 257 ff; Lent-Schwab, SachR. § 34 VI, S. 143 ff; Esser, SchR. Bd. 2 § 100 III, S. 334; im Ergebnis auch J.v.Gierke ZHR 111, 39 ff (62 ff). Die Vertreter der zuletzt genannten Auffassung sehen in § 937 einen endgültigen Erwerbsgrund. Ihre Argumente können m.E. aber nicht überzeugen.

§§ 985 ff vorrangig anzuwenden ist, der Haftung die bestünde, wenn die dinglichen Rechtsgeschäfte wirksam gewesen wären. Insoweit genügt ein Hinweis auf die früheren Erörterungen. (10)

3. Der Ausgleich nach einseitiger Erfüllung

Auch hier ist eine Verweisung auf die früheren Ausführungen ausreichend, da sich unter Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen §§ 812 ff und §§ 985 ff und §§ 987 ff hinsichtlich der Haftung keine Unterschiede zu den Fällen ergeben, in denen der Empfänger Eigentümer der empfangenen Leistung geworden ist. (11)

4. Die verbleibende Bedeutung der Nichtigkeit des dinglichen Rechtsgeschäftes

Es kann festgestellt werden, daß bei der Rückabwicklung keine Unterschiede in der Haftung und dem durch sie bedingten Vermögensausgleich bestehen, gleich ob nur das schuldrechtliche oder aber auch das dingliche Rechtsgeschäft nichtig ist. Dennoch werden die Unterschiede, die die Verschiedenheit der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten fordert, auch nach der hier vertretenen Auffassung gewahrt. So verhindert die Nichtigkeit der Übereignung, daß der aufgrund des nichtigen schuldrechtlichen Vertrags in die Hand des Vertragspartners gelangte Gegenstand Teil dessen Haftungsvermögens wird. Der im Eigentum des Veräußerers gebliebene Gegenstand unterliegt nicht dem Zugriff der Gläubiger des Vertragspartners, weder in der Einzelzwangsvollstreckung noch im Konkurs.

(10) vgl. oben unter § 8 S. 109 ff;

(11) vgl. oben unter § 9 S. 137 ff;

Hierdurch ist die gegenständliche Herausgabe der Sache im Gegensatz zu den Fällen, in denen die Über-eignung wirksam ist, in besonderer Weise gesichert. Die im Verhältnis zu dem Bereicherungsrecht weiter-gehende Sicherung der gegenständlichen Herausgabe bei Nichtigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts ist für den Eigentümer auch nicht ohne jeden wirtschaft-lichen Wert. Dies könnte man zwar annehmen, da ihm ja bei nichtigen gegenseitigen Verträgen, selbst wenn eine gegenständliche Herausgabe nicht mehr möglich sein sollte, ein Wertersatzanspruch verbliebe und dies unter der Voraussetzung, daß der Vertragspartner die Bedeutung des Austauschverhältnisses erkannt hatte, auch dann, wenn die empfangene Leistung bei dem Emp-fänger im Zeitpunkt des guten Glaubens ersatzlos unter-gegangen ist. (12) Nicht zu übersehen ist aber den-noch eine wirtschaftliche Besserstellung, die mit der Sicherung der gegenständlichen Herausgabe infolge der Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts verbunden sein kann. Man denke z.B. nur an die Gegenstände, deren Wert Schwankungen unterworfen ist oder die einen Lieb-haberwert haben. Sie können bei einer späteren Ver-äußerung durch den Vertragspartner, in dessen Eigen-tum sie verblieben sind, einen erheblich höheren Gewinn bringen.

§ 11

Die Nutzungen und Verwendungen im Rahmen des Bereicherungsausgleichs

1. Die Herausgabe der gezogenen Nutzung

Nach § 818 Abs. 3 umfaßt der Bereicherungsanspruch auch die gezogenen Nutzungen. (1) Ihnen kommt jedoch

(12) vgl. oben § 10 Ziff. 1 und 2, S. 153 ff;

(1) Der Nutzungsbegriff richtet sich nach §§ 99, 100. Einzelheiten bei Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm.4;

im Rahmen des bereicherungsrechtlichen Abwicklungsverhältnisses nicht die gleiche Bedeutung zu wie den Primärleistungen. Dies liegt vor allem darin begründet, daß es sich bei den Nutzungen um einen Sekundärerwerb handelt, der allein von der Entscheidung und wirtschaftlichen Aktivität des Empfängers der Primärleistung abhängt. Als Sekundärerwerb haben die gezogenen Nutzungen den Charakter einer "einseitigen" Bereicherung. Für sie gelten daher auch im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Abwicklung im wesentlichen die Grundsätze, die für den Bereicherungsausgleich im Falle eines einseitig verpflichtenden Vertrags Geltung haben.

Das Vertrauen auf das endgültige Behaltendürfen der gezogenen Nutzungen hängt unmittelbar von dem Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs der Primärleistung ab. A, der von B aufgrund eines Tauschvertrags eine Leistung empfangen und die Bedeutung des Austauschverhältnisses erfaßt hat, erlangt, - wie schon erwähnt (2), - das für § 818 Abs. 3 notwendige Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs der empfangenen Leistung erst mit Erbringung der seinerseits versprochenen Leistung. Das Entstehen des Vertrauens auf die Endgültigkeit der gezogenen Nutzungen und somit das Erlangen der Vorteile aus § 818 Abs. 3 im Falle des ersatzlosen Untergangs der Nutzungen liegt erst auf einer weiteren Ebene, die das bereits bestehende Vertrauen auf die Endgültigkeit der empfangenen Primärleistung zur Grundlage hat. Daher führt das Zusammentreffen der Rechte aus § 818 Abs. 3 und § 812 Abs. 1 in einer Hand, sofern bei dem gutgläubigen A sowohl die Primärleistung als auch die gezogenen Nutzungen ersatzlos untergegangen sind, nur hinsicht-

(2) vgl. oben unter § 5 S. 50 ff;

lich der Primärleistungen, nicht aber hinsichtlich der Nutzungen zu dem der dargestellten "wirtschaftlichen Ersparnis" zugrunde liegenden Widerspruch. (3)

Aufgrund des dem A gegen B zustehenden Anspruchs auf Herausgabe der Nutzungen fließt, - anders als bei dem Anspruch auf Herausgabe der erbrachten Gegenleistung, - kein Wert in das Vermögen des A zurück, der aus der Sicht der § 818 Abs. 3 zugrunde gelegten Vermögenslage als verloren gilt. Mit dem Rückerhalt der erbrachten Gegenleistung einschließlich der gezogenen Nutzung entsteht daher bei A, der bzgl. der empfangenen Primärleistung und der seinerseits gezogenen Nutzungen § 818 Abs. 3 in Anspruch nehmen kann, keine über den Wert der Gegenleistung unter Ausschluß der gezogenen Nutzungen hinausgehende "wirtschaftliche Ersparnis". War die zurückerhaltene Gegenleistung mehr wert als die empfangene Leistung, so übersteigt die Höhe der ungerechtfertigten "wirtschaftlichen Ersparnis" nicht den Wert der sich aus § 818 Abs. 3 ergebenden Vorteile hinsichtlich der empfangenen Leistung. (4)

Sind allein die Nutzungen, nicht aber die Primärleistung im Zeitpunkt der Gutgläubigkeit ersatzlos untergegangen, so hat der Bereicherungsschuldner nur die empfangene Primärleistung herauszugeben, hinsichtlich der Nutzungen ist er von einer Bereicherungshaftung befreit. Durch den Rückerwerb der Gegenleistung einschließlich der gezogenen Nutzungen besteht bei ihm keine ungerechtfertigte "wirtschaftliche Ersparnis",

(3) vgl. oben § 6 Ziff. 1 S. 62 ff;

(4) vgl. oben § 6 S. 62 ff und § 7 S. 101 ff;

da die Voraussetzungen für ein Eingreifen des § 818 Abs. 3 bzgl. der von ihm empfangenen Primärleistung nicht gegeben sind.

Im Falle der Bösgläubigkeit hat der Bereicherungsschuldner entsprechend dem "eigentlichen Bereicherungsanspruch" (§§ 812, 818 Abs. 1, 2 und 4, 819 ff i.V.m. §§ 987 ff) auch bei einem unverschuldeten Untergang der Nutzungen deren Wert zu ersetzen. (5) Beruht die Bösgläubigkeit jedoch allein darauf, daß der Bereicherungsschuldner die Bedeutung des Austauschverhältnisses bewußtseinsmäßig erfaßt hat und nur deshalb nicht auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung vertrauen kann, weil er seinerseits die versprochene Gegenleistung noch nicht erbracht hat, so wird man hinsichtlich des die Nutzungen betreffenden Anspruchsteils § 820 Abs. 2 S. 2 analog anzuwenden haben. Er enthält in gewisser Weise eine Erweiterung des § 818 Abs. 3. Der Bereicherungsschuldner hat unter diesen Umständen bis zur Erlangung der Kenntnis von der Nichtigkeit des Vertrags nur die Nutzungen, die in seinem Vermögen noch vorhanden sind, herauszugeben. Eine Analogie zu § 820 Abs. 2 S. 2 bietet sich an, weil die Situation bei Bösgläubigkeit aufgrund der unterbliebenen Gegenleistung der des § 820 Abs. 1 sehr nahe kommt.

2. Die Einbeziehung der Verwendung in den Bereicherungsausgleich

Für die Verwendungen, die der Bereicherungsschuldner auf die herauszugebende Leistung gemacht hat, gelten aufgrund der hier entwickelten Grundsätze über den

(5) Zu dem "eigentlichen Bereicherungsanspruch" gehört bei Bösgläubigkeit auch der Ersatzanspruch für die schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen. (§ 987 Abs. 2).

Bereicherungsausgleich keine Besonderheiten. War der Bereicherungsschuldner gutgläubig, so können die gemachten Verwendungen zum "Wegfall der Bereicherung" führen. (6) Insoweit ist, - wie schon erwähnt, - an dem hergebrachten Bereicherungsbegriff festzuhalten. (7) In dem Fall, in dem die Verwendungen wegen des Grundsatzes der gegenständlichen Herausgabepflicht nicht gleich bei dem Umfang der herauszugebenden Bereicherung berücksichtigt werden können, hängt der Ersatzanspruch des Bereicherungsschuldners für die Verwendungen jedoch davon ab, inwieweit die Grundsätze über die aufgedrängte Bereicherung eingreifen. (8) Bei Bösgläubigkeit des Bereicherungsschuldners richtet sich der Verwendungsersatzanspruch nach den Vorschriften der §§ 818 Abs. 1, 2 und 4, 819 ff i.V.m. §§ 987 ff. (9)

V.

Die bereicherungsrechtliche Abwicklung bei Beteiligung geschäftsunfähiger und beschränkt geschäftsfähiger Personen

§ 12

Allgemeine Überlegungen zur bereicherungsrechtlichen Haftung Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger

Der vorgeschlagene Lösungsweg ist von seiner Konzeption her geeignet, auch die Fälle zu erfassen, in denen eine der Vertragsparteien geschäftsunfähig oder

-
- (6) vgl. hierzu Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 22, 33 ff;
 - (7) vgl. hierzu oben unter § 6 Ziff. 4 a, S. 74 ff;
 - (8) Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 35; § 812 Anm. 62;
 - (9) Wegen der Probleme, die mit den Verwendungsersatzansprüchen verbunden sind: Dimopoulos-Vosikis, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente

beschränkt geschäftsfähig war. Ausschlaggebend hierfür ist, daß die bereicherungsrechtliche Haftung von dem Bestehen oder Nicht-Bestehen sowie von der Art des Vertrauens auf die Endgültigkeit der erworbenen Leistung abhängt. Das Bestehen oder Fehlen des Vertrauens auf die Endgültigkeit ist auch bei den Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen eine Bewußtseinslage, die durch die Kenntnis tatsächlicher Umstände und die Wahrnehmung sonstiger Umweltgeschehnisse geprägt ist. Es ist deshalb keineswegs ausgeschlossen, daß auch ein Minderjähriger oder Geisteskranker die Bedeutung des Austauschverhältnisses bewußtseinsmäßig realisiert und das Vertrauen auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung infolge dessen erst mit der Weggabe der versprochenen Leistung erlangen kann, selbst wenn hierzu eigentlich keine rechtliche Verpflichtung bestanden hat. (1) Die sich hieraus ergebenden Konsequenzen hinsichtlich der bereicherungsrechtlichen Haftung müssen dann auch für die nicht oder nicht voll geschäftsfähigen Vertragsteile gelten.

Die Abhängigkeit der Entstehung des Vertrauens auf die Endgültigkeit der erworbenen Leistung von der verstandesgemäßen Erfassung und Verarbeitung der Umweltereignisse macht natürlich eine Feststellung darüber erforderlich, ob im Einzelfall die Fähigkeit hierzu gegeben war. Demnach liegt es schon in den Voraussetzungen über die Entstehung des Vertrauens i.S.d. § 818 Abs. 3 begründet, daß ganz allgemein Gesichtspunkte berücksichtigt werden müssen, die insbesondere im Rahmen der §§ 827 ff ihren Ausdruck gefunden haben.

der §§ 987 - 1003 BGB; Köbl, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB; Pinger, Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses;

(1) vgl. oben unter § 5 S. 51 ff; § 7 S. 101ff; a.A. Schwab AcP 172 (1972), 266 ff; Er bestreitet wohl insgesamt eine gewisse Erfahrung der Minderjährigen.

In der Regel wird man davon ausgehen müssen, daß bei Geschäftsfähigen diese Fähigkeiten gegeben sind, die Bedeutung des Austauschverhältnisses bei einem gegenseitigen Vertrag zu erkennen. Näherer Feststellung hierüber bedarf es daher insoweit nicht. (2) Anders ist es aber bei Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen. Bei diesem Personenkreis besteht in besonderer Weise die Möglichkeit, daß es infolge krankheitsbedingter Ausfallserscheinungen oder der noch nicht abgeschlossenen geistigen Entwicklung an einer entsprechenden Fähigkeit fehlt. In diesen Fällen ist es daher geboten, es nicht nur bei einer summarischen Feststellung zu belassen, sondern in jedem Einzelfall die konkreten geistigen Fähigkeiten des betreffenden Vertragspartners zu beurteilen, wie es auch in §§ 827 ff zum Schutz der Geisteskranken und Minderjährigen gefordert wird. (3)

Nahe liegt es nun, daß der Schutz der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen im Bereicherungsrecht nicht weitergeht, als es in §§ 827 ff für den Bereich der unerlaubten Handlungen beabsichtigt ist. Eine Korrektur der Ergebnisse des Bereicherungsausgleichs zugunsten der nicht oder nicht voll geschäftsfähigen Beteiligten durch ein nachträgliches "Hinein-

-
- (2) Bedeutsam wird dies im Prozeß bei der Frage der Beweislast. Hier haben die Grundsätze über den Anscheinsbeweis zu gelten. Der Beklagte hat ihn zu entkräften, was ihm jedoch, sofern an seiner Geschäftsunfähigkeit kein Zweifel besteht, kaum gelingen dürfte.
- (3) Aus dem Wortlaut der Vorschriften der §§ 827 ff ergibt sich schon notwendig eine individuelle Betrachtungsweise. Vgl. zudem auch Soergel-Siebert-Zeuner § 828 Anm. 2 m.w.N.; Erman-Drees § 828 Anm. 7; Larenz, SchR. Bd. 1 § 20 VI, S. 216 ff; RGZ 53, 157 ff; vgl. auch die Schwierigkeiten, die auftreten, weil § 276 auf §§ 827 ff verweist, und für § 276 eine objektive, für die §§ 827 ff eine subjektive Betrachtungsweise gilt. Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt § 276 insbesondere Anm. 14 ff, 17 ff jeweils m.w.N.;

tragen" eines aus §§ 104 ff entnommenen Schutzgedankens in die bereicherungsrechtliche Abwicklung, wie es bisher weithin vertreten wurde (4), würde sich dann erübrigen. Betrachtet man jedoch Rechtsprechung (5) und Lehre (6) bzgl. des Eintritts der verschärften Haftung bei Minderjährigen, so ergeben sich Bedenken, ob der Umfang der bereicherungsrechtlichen Haftung allein von dem Bestehen oder Nicht-Bestehen sowie der Art des Vertrauens auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung in der Person der nicht voll Geschäftsfähigen abhängig gemacht werden kann.

Zu der Frage unter welchen Voraussetzungen ein Minderjähriger z.B. gemäß § 819 Abs. 1 verschärft haftet, sind bisher alle denkbaren Lösungen vertreten worden. (7)

-
- (4) vgl. insbesondere die Saldotheorie, oben § 1 S. 5 ff; Flume, oben § 2 Ziff. 3, S. 19 ff; Leser, oben § 2 Ziff. 4, S. 22 ff; Pawlowski, oben § 2 Ziff. 5 S. 25 ff; anders Diesselhorst, oben § 2 Ziff. 6 S. 29 ff; der den Schutzzweck allein durch eine analoge Anwendung von §§ 827 ff erfüllt sieht. Flessner, oben § 2 Ziff. 7 S. 33 ff läßt es offen, inwieweit das Prinzip des Schutzes der nicht voll Geschäftsfähigen zur Geltung kommen muß.
- (5) RG JW 1917, 465; RG WarnRspr. 1918 Nr. 70; 1940, Nr. 70; RGZ 81, 266; 93, 230; BGHZ 55, 128 ff; KG FamRZ 1964, 518; KG OLG 20, 249; OLG Hamm NJW 1966, 2357;
- (6) vgl. im wesentlichen Kuhl, Verhältnis, S. 26 ff; Diesselhorst, Natur der Sache, S. 196; Canaris, Feststellung, S. 104 ff; Pössinger S. 84; von Caemmerer, Festschrift Rabel Bd. 1, S. 365; Lassen, ArchBürgRecht 40, 286 ff; Canaris NJW 1964, 1989 Fußnote 18; Batsch NJW 1969, 1743; Gursky NJW 1969, 2183; Pawlowski JuS 1967, 302 ff; Metzler NJW 1971, 690; Kellmann NJW 1971, 862 ff; Leonhard SchR. Bd. 2, S. 531 ff; v. Tuhr, BGB Bd. 2, S. 365; Larenz, SchR. Bd. 2, § 70 IV, S. 444; Fikentscher, SchR. § 100 VII, S. 602; Enneccerus-Lehmann, SchR. § 227 V, S. 914; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil § 151, S. 932 Fußnote 7; Soergel-Siebert-Mühl § 819 Anm. 6; Oertmann, BGB-Komm. § 819 Anm. 9; Erman-Seiler § 819 Anm. 1; Staudinger-Seufert § 819 Anm. 2; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 819 Anm. 7; Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 59 f;
- (7) vgl. oben Noten 5 und 6;

Als herrschend muß wohl heute die Auffassung bezeichnet werden, nach der bei Leistungskonditionen die Kenntnis des Minderjährigen von der Nichtigkeit des Vertrags allein nicht genügt. Die verschärfte Haftung soll nur eintreten können, wenn auch der gesetzliche Vertreter eine entsprechende Kenntnis hatte. (8) Zur Begründung wird ausgeführt, daß es sich bei der Leistungskondition um die Rückabwicklung rechtsgeschäftlichen Erwerbs handle und daher die Haftung für rechtsgeschäftliches Handeln im weiteren Sinne in Frage stehe. Aus diesen Gründen müsse man den Schutzgedanken der §§ 104 ff heranziehen, nach dem es ausschließlich nur auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters vom Mangel des rechtlichen Grundes ankommen könne. In den Fällen der Eingriffskondition soll hingegen für den Eintritt der verschärften Haftung die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich sein. Als genügend wird der unter Berücksichtigung der in §§ 827 ff enthaltenen Gesichtspunkte festgestellte böse Glaube des Minderjährigen angesehen, da die Eingriffskondition keinen rechtsgeschäftlichen, sondern deliktischen Charakter habe. (9)

-
- (8) RG JW 1917, 465 = RG WarnRspr. 1918 Nr. 70; Enneccerus-Lehmann, SchR. § 227 V, S. 916; Lehmann-Hübner, Allg. Teil § 28 III, S. 188; Staudinger-Seufert § 819 Anm. 7; Staudinger-Coing § 107 Anm. 7; Planck-Landois § 819 Anm. 2; Fischer-Henle § 819 Anm. 3; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 819 Anm. 7; Palandt-Thomas § 819 Anm. 2; Lübtow, Schenkungen, S. 97; Staudacher NJW 1961, 1907;
- (9) vgl. Larenz, SchR. Bd. 2 § 70 IV, S. 444; Canaris, Feststellung, S. 104 ff; Pawlowski JuS 1967, 302 ff, (305); Gursky NJW 1969, 2183 ff; Diederichsen, Fälle, S. 53; Canaris JZ 1971, 560 ff; für eine unterschiedslose Anwendung der §§ 827 ff im Rahmen des § 819; v. Tuhr, Allg. Teil Bd. 2 S. 365; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil § 151, S. 932 Fußnote 7; Soergel-Siebert-Mühl § 819 Anm. 6; Oertmann, BGB-Komm. § 819 Anm. 3; Weintraud, Saldotheorie, S. 97; Flume, Rechtsgeschäft § 13 S. 193; Boehmer MDR 1959, 705 (706); Diesselhorst, Natur der Sache, S. 196 f; Kuhl, Verhältnis, S. 26 ff;

Mit den gleichen Argumenten könnte man nun auch die hier dargelegten Grundsätze über die bereicherungsrechtliche Abwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge angreifen, wenn man sie ohne weitere Einschränkung nur unter Berücksichtigung der §§ 827 ff bei Beteiligung Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger anwendet, wie es hier vorgeschlagen wird. Denn gerade das Bewußtsein, die empfangene Sache wieder herausgeben zu müssen, das nur aufgrund der Kenntnis der in §§ 819 ff genannten oder aber ähnlicher Umstände im Zusammenhang mit der bewußtseinsmäßigen Erfassung des Austauschverhältnisses entstehen kann, bildet die Grundlage für den Bereicherungsausgleich, so wie er hier verstanden wird. Ob die Argumente allerdings stichhaltig sein können, wird im wesentlichen davon abhängen, wie weitreichend das Prinzip des Schutzes der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen tatsächlich ist. Eine Erörterung hierüber muß sich daher anschließen.

Das Bereicherungsrecht kennt keine eigenen Vorschriften, die das Interesse der Geisteskranken und Minderjährigen besonders berücksichtigen. Seinem Wesen nach ist das Bereicherungsrecht ein technisches Recht mit dem Zweck, eine ungerechtfertigte Vermögensverschiebung auszugleichen, wobei der tatsächliche Vermögenserwerb im Vordergrund steht. Daraus erklärt sich auch, daß die Entstehung eines Bereicherungsanspruchs, nicht dagegen sein Umfang, weder von der Fähigkeit zur Abgabe einer wirksamen Willenserklärung noch von der Fähigkeit zu Verantwortlichkeit (Verschuldensfähigkeit), sondern allein von dem ungerechtfertigten Erwerb, der

Kellmann NJW 1971, 862 ff (865 a.E.); Batsch will weder §§ 107 noch 827 ff im Bereicherungsrecht angewendet wissen, NJW 1969, 1743 ff; vgl. auch Hohenester DAR 1967, 126 ff; KG OLG 20, 249;

u.U. gerade auf dem Mangel dieser Fähigkeiten beruhen kann, abhängig ist. (10)

Die besondere Stellung der Geisteskranken und Minderjährigen wird im Bereich des Schuldrechts im wesentlichen nur an zwei verschiedenen Stellen geregelt. Bezüglich der Fähigkeit zur Abgabe der Willenserklärungen gelten §§ 104 ff, bzgl. der sog. Deliktsfähigkeit die §§ 827 ff, deren Anwendungsbereich auf das Verschulden (Vertretenmüssen) im rechtsgeschäftlichen Bereich ausgedehnt ist (§ 276).

Allein die gegenüber §§ 104 ff und §§ 827 ff weitgehend isolierte Stellung des Bereicherungsrechts läßt aber keinen Schluß auf eine Wertentscheidung des Gesetzgebers zu, nach der der Umfang der Bereicherungshaftung von dem in §§ 104 ff, 827 ff enthaltenen Schutzgedanken völlig unabhängig ist. Die Möglichkeit für dessen Berücksichtigung wird im Rahmen der Beurteilung der für den Umfang der bereicherungsrechtlichen Abwicklung entscheidenden Bewußtseinslage geboten, allerdings beschränkt auf die sich aus §§ 827 ff ergebenden Gedanken. Fraglich ist daher nur, ob hierdurch dem Schutz der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen in ausreichendem Maße Rechnung getragen wird.

§ 13

Das Prinzip des Schutzes der nicht voll Geschäftsfähigen

1. Inhalt und Zweck des § 105

§ 105 erklärt ohne Ausnahme alle Willenserklärungen

(10) vgl. hierzu insbesondere Batsch NJW 1969, 174 f; ders. Vermögensverschiebung, S. 17 ff; Mugdan Bd. 2, Motive, S. 463 ff;

einer geschäftsunfähigen Person für nichtig. (1) Der Wortlaut und die Motive zu § 105 lassen erkennen, daß rechtsgeschäftliche Erklärungen einer geschäftsunfähigen Person weder positive noch negative noch Folgen vorläufiger Art, - wie z.B. bei beschränkt Geschäftsfähigen (§ 108), - haben sollen. Da der Geschäftsunfähige selbst für ihn vorteilhafte Geschäfte nicht abschließen kann, liegt es nahe, anzunehmen, einziger Zweck des § 105 sei es, aus Gründen der Rechtssicherheit, den Geschäftsunfähigen von dem Geschäftsverkehr auszuschließen. In jüngster Zeit wird insbesondere von Pawlowski (2) diese Auffassung wieder vertreten. Er lehnt mit Entschiedenheit ab, daß § 105 auch dem Schutz der Geschäftsunfähigen vor wirtschaftlichen Nachteilen diene. Verschiedene Teile aus den Motiven sprechen ihrem Wortlaut nach für diese Auslegung. So heißt es z.B.:

"Willenserklärungen Geschäftsunfähiger sind nichtig. Im besonderen gilt das auch von einer auf die Annahme einer Schenkung gerichteten Willenserklärung. Die Regel in der letzteren Hinsicht zu durchbrechen, ist kein Bedürfnis." (3)

"Die Fähigkeit Geschäfte vorzunehmen, ist mit Geschäftsfähigkeit zu bezeichnen." (4)

"Eine geschäftsunfähige Person steht infolge ihrer Geschäftsunfähigkeit außerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs." (5)

Es kann aber nicht übersehen werden, daß der Geschäftsunfähige durch den Ausschluß von dem gesamten Rechtsverkehr tatsächlich vor einer rechtsgeschäftlichen Bindung und möglichen nachteiligen Folgen der Teil-

-
- (1) h.M. vgl. für alle: Larenz, Allg. Teil § 6 II, S. 80; Wegen ihrer Starrheit ist diese Regelung häufig angegriffen worden, vgl. insbesondere Danz JW 1913, 1016 ff; ders. JherJb. 54 (1909), 1 ff (51 ff), Dölle, Festschrift Nipperdey (1965) Bd. 1, S. 24 ff;
 - (2) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 53 ff; (55, 57); Max Wolff JW 1914, 121 ff; ähnlich RG GruchBeitr. 60, 118 ff;
 - (3) Mugdan Bd. 1, Motive, S. 423;

nahme am Geschäftsverkehr bewahrt wird. Schließlich wird auch in den Motiven zu § 130 (§§ 66 I E) auf die Bedeutung des S c h u t z e s der Geschäfts-unfähigen und Minderjährigen hingewiesen. (6)

M.E. ist es richtig, weder in dem Ausschluß von dem Geschäftsverkehr noch in dem Schutzgedanken den ausschließlichen Zweck des § 105 zu sehen. Beide Gesichtspunkte stehen vielmehr gleichberechtigt nebeneinander. Von beiden Faktoren, die nicht voneinander zu trennen sind, ließ sich wohl auch der Gesetzgeber leiten. Der Ausschluß eines Geisteskranken vom Rechtsgeschäftsverkehr ist eine Konsequenz daraus, daß die Willenserklärung als Grundelement für den rechtsgeschäftlichen Verkehr gewählt wurde und dem Geisteskranken in der Regel die Fähigkeit zur freien Willensbildung fehlt. Die starre, nicht auf individuelle Gesichtspunkte abstellende Regelung der §§ 104, 105 ist nicht mehr als ein gesetzestechnisches Mittel, mit dem Klarheit und eine gewisse Sicherheit im Rechtsverkehr geschaffen werden soll. Andererseits liegt aber in dem Ausschluß der Geisteskranken vom rechtsgeschäftlichen Verkehr zugleich der Zweck, eine rechtsgeschäftliche Bindung, die an sich schon nachteilig ist, weil nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten mit ihr verbunden sein können, zu vermeiden. (7) Hätte der Gesetzgeber den Schutzzweck nicht berücksichtigen wollen, so hätte er mit Hilfe einer Fiktion die mangelnde Willens-

-
- (4) Mugdan Bd. 1, Motive, S. 423;
(5) Mugdan Bd. 1, Motive, S. 428;
(6) Mugdan Bd. 1, Motive, S. 428; Dort heißt es u.a.:
"Der Schutz geschäftsunfähiger Personen sowie Minderjähriger, welche das 7. Lebensjahr zurückgelegt haben, wird nur vollkommen erreicht ..."
(7) Vgl. vor allem Soergel-Siebert-Hefermehl vor § 104 Anm. 30, der den Schutz der Geschäftsunfähigen allein in der Nichtigkeit der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung sieht. Vgl. auch Pössinger, S. 86 ff;

fähigkeit Geisteskranker überspielen und deren Willenserklärung trotz der mangelnden Fähigkeit zur Willensbildung für wirksam erklären können. Nur unter diesen Umständen ließe sich jeder Schutzzweck einwandfrei verneinen.

Zu weitgehend ist es aber, den Schutzzweck ganz allgemein in der Bewahrung vor wirtschaftlichen Nachteilen zu sehen. (8) Da § 105 eine rechtsgeschäftliche Bindung nicht entstehen läßt, kann es sich nur um Nachteile handeln, die unmittelbar durch eine rechtsgeschäftliche Bindung eintreten können, so z.B. die Verpflichtung zu leisten sowie die Verpflichtung zur Abnahme der Leistung des anderen Vertragspartners. Diese Verpflichtungen stellen schon als solche Nachteile dar, vor denen Geschäftsunfähige bewahrt werden sollen. Daß möglicherweise hierdurch auch wirtschaftliche Nachteile abgewendet werden, ist eine Folge, die die §§ 104 ff mit sich bringen, nicht aber der eigentliche Zweck. Daß die §§ 104 ff nicht den Zweck haben können, den Geisteskranken vor wirtschaftlichen Nachteilen zu schützen, wird insbesondere auch dadurch deutlich, daß durch §§ 104 ff selbst unter allen Aspekten wirtschaftlich vorteilhafte rechtsgeschäftliche Bindungen verhindert werden. Diese Rechtsfolge wäre dann aber zweckfremd, weil sie zum Schutz vor wirtschaftlichen Nachteilen nicht nötig ist.

(8) so z.B. Danz JW 1913, 1016 ff (1019), der deshalb §§ 104 ff nur auf wirtschaftlich vernünftige Geschäfte anwenden möchte; ders. JherJb. 54 (1909), 1 ff (51 ff); Tasche JherJb. 90 (1942), 101 ff; Descombes, S. 40 ff; Zu weitreichend ist m.E. aber auch die Auffassung, daß § 105 den Zweck habe, die Geschäftsunfähigen vor allen nachteiligen Folgen ihrer Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr zu schützen, da auch hierunter wirtschaftliche Nachteile fallen. Sie wird praktisch vor allen vertreten, die im Rahmen von § 819 die §§ 104 ff anwenden wollen, obwohl die Haftung nach § 819 eine gesetzliche Haftung und keine rechtsgeschäftliche Haftung ist, vgl. oben unter § 12 S. 170 Note 8 u. 9;

2. Inhalt und Zweck der §§ 107, 108

Der Zweck der §§ 107, 108 ist in den Motiven deutlicher umrissen. Der beschränkt Geschäftsfähige soll vor den Folgen seiner eigenen Rechtshandlungen geschützt werden, weil er nicht den Grad an geistiger Reife und geschäftlicher Erfahrung besitzt, welcher für eine ungefährdete, selbständige Teilnahme am Rechtsverkehr erforderlich ist. (9) Der Schutz besteht darin, daß die nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringenden Rechtsgeschäfte des beschränkt Geschäftsfähigen keine volle Wirksamkeit entfalten und durch die Versagung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter oder Vormund die rechtsgeschäftliche Bindung ausgelöst werden kann.

Dennoch wird der Zweck der §§ 107, 108 ff nicht einheitlich nur in dem Schutz des beschränkt Geschäftsfähigen vor nachteiligen rechtsgeschäftlichen Bindungen gesehen. Westermann und Pawlowski sind vielmehr der Meinung, Zweck der §§ 107 ff sei es, zu verhindern, daß Geschäftsleute mit Minderjährigen Geschäfte abschließen, die der gesetzliche Vertreter für dessen Erziehung als schädlich ansieht. (10) Gegen einen auf die Erziehung eines Minderjährigen gerichteten Zweck spricht aber, daß der gesetzliche Vertreter nur auf den Bestand rechtlich nachteiliger Geschäfte Einfluß nehmen kann, während für die Erziehung eines Minderjährigen auch Geschäfte, die ihnen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen, schädlich sein können. Ferner ist die starre Regelung des Rechts der beschränkt Geschäftsfähigen, die nicht auf die tatsäch-

(9) Mugdan Bd. 1, Motive, S. 423 f;

(10) Erman-Westermann § 106 Anm. 1; Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 56 ff (58);

liche geistige Reife des einzelnen abstellt, wohl kaum geeignet, den Minderjährigen zur Selbständigkeit im Geschäftsverkehr zu erziehen. (11)

Dem Gedanken, daß den §§ 107, 108 ein auf die Erziehung des Minderjährigen gerichteter Zweck zugrunde liegt, weil ihre Regelung für den Schutz der Minderjährigen vor nachteiligen Folgen rechtsgeschäftlicher Bindung, der wie im italienischen Recht auch durch ein Anfechtungsrecht des gesetzlichen Vertreters hätte verwirklicht werden können, ein zu weitgehendes Mittel sei, fehlt es an Überzeugungskraft. (12) Ob ein gesetzlicher Vertreter die Wahl hat, die durch beschränkt Geschäftsfähige begründeten Rechtsbeziehungen, die nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen, durch Ausübung eines Anfechtungsrechts zu zerstören oder es ihm freisteht, schwebend unwirksame Rechtsgeschäfte zu genehmigen oder durch die Verweigerung der Genehmigung zu vernichten, macht wohl kaum einen Unterschied. In beiden Fällen werden der Entscheidung die gleichen Überlegungen des gesetzlichen Vertreters zugrunde liegen, so daß sich ebensogut ein Erziehungszweck begründen ließe, wenn dem gesetzlichen Vertreter nur ein Anfechtungsrecht zustünde.

Der gesetzliche Vertreter kann zwar in anderen Fällen aus Gründen der Erziehung in ein Rechtsverhältnis eingreifen, so z.B. das Arbeitsverhältnis des Minderjährigen, wenn es seinen Ruf und seine Sittlichkeit gefährdet (§§ 113 Abs. 2, 626). (13) Der Zweck des

-
- (11) Westermann widerspricht sich insoweit, als er selbst auf die starre Regelung der §§ 107 ff hinweist; vgl. Erman-Westermann § 106 Anm. 1;
- (12) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 56 ff (57);
- (13) Der 2. Kommission lag ein Antrag vor, dem gesetzlichen Vertreter durch eine besondere Bestimmung zu ermöglichen, Dienstverhältnisse des Minderjährigen zu kündigen, wenn diese dessen Ruf oder

§ 113 kann aber nicht bei der Bestimmung des den §§ 107, 108 zugrunde liegenden Gedankens berücksichtigt werden. (14) Da sich allein aus §§ 107, 108 schon im Wege der teleologischen Auslegung eindeutig der Zweck ergibt, den beschränkt Geschäftsfähigen vor nachteiligen rechtsgeschäftlichen Bindungen zu schützen, ist im Rahmen der Auslegung ein Zurückgreifen auf den Inhalt anderer Vorschriften ausgeschlossen. (15) Hinzu kommt außerdem noch ein weiteres: Die Rechte des gesetzlichen Vertreters aus §§ 107, 108 gehören in den Bereich der Vermögenssorge. § 113, der u.a. dem Zweck dient, dem gesetzlichen Vertreter den Einfluß auf die Erziehung des Minderjährigen zu sichern, ist hingegen dem Bereich der Personenfürsorge zuzurechnen. Beide Zweige der Sorgepflicht gegenüber Minderjährigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen werden im BGB getrennt behandelt. Das ergibt sich vor allem aus § 1666, der es ermöglicht, dem gesetzlichen Vertreter gesondert, entweder die Vermögensfürsorge oder die Personenfürsorge zu entziehen. (16) § 113 könnte daher zur Auslegung der §§ 107, 108 auch gar nicht herangezogen werden, da es sonst zu einer hier nicht gewollten Vermischung der Aufgaben des gesetzlichen Vertreters kommen würde.

Häufig wird als Zweck der §§ 107, 108 auch der Schutz vor nachteiligen Folgen des rechtsgeschäftlichen Handelns genannt. (17) Diese Aussage ist aber zu allgemein.

Sittlichkeit gefährdeten. Der Antrag wurde nur wegen der Kündigungsmöglichkeit über §§ 113, 626 abgelehnt; vgl. Mugdan Bd. 1, Protokolle der 2. Kommission, S. 575 ff;

- (14) a.A. Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 56 ff (57);
- (15) vgl. z.B. Medicus NJW 1970, 665 ff (70); Soergel-Siebert-Hefermehl vor § 104 Anm. 30 ff;
- (16) Pawlowski mißt dieser Unterscheidung offensichtlich keine Bedeutung zu. Er zieht § 1666 zur Untermauerung der gegenteiligen Auffassung heran.
- (17) Vgl. z.B. Larenz, Methodenlehre, S. 312; Gursky, NJW 1969, 2183 ff (2184); Diederichsen, Fälle,

§§ 107, 108 versagen lediglich den nicht nur vorteilhaften Rechtsgeschäften beschränkt Geschäftsfähiger ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters eine bindende Wirkung. Zweck der §§ 107, 108 kann es daher nur sein, den beschränkt Geschäftsfähigen vor nachteiligen rechtsgeschäftlichen Bindungen zu schützen. Über Nachteile, die nicht in einer rechtsgeschäftlichen Bindung bestehen, entscheiden §§ 107, 108 nicht. (18)

3. Inhalt und Zweck des § 827

§ 827 regelt die sog. Delikts- oder Verschuldensfähigkeit, d.h. die Fähigkeit, sich durch eigenes schuldhaftes Handeln verantwortlich zu machen. Danach ist eine Person, die einem anderen einen Schaden zugefügt hat, während sie bewußtlos oder infolge einer Geistesstörung der Vernunft beraubt war, hierfür nicht verantwortlich. Im Gegensatz zu den Regeln über die Geschäftsunfähigkeit liegt § 827 eine individuelle Betrachtungsweise zugrunde. Die Verantwortlichkeit für ein Handeln ist im Einzelfall festzustellen. So führt eine Entmündigung für sich allein noch nicht zum Ausschluß der Verantwortlichkeit. Ein volljähriger Geisteskranker ist vielmehr für Handlungen während eines lichten Zwischenraums, ebenso wie für Handlungen nach Gesundung aber vor Aufhebung der Entmündigung als verantwortlich anzusehen. (19)

S. 55; sinngemäß auch Staudacher NJW 1961, 1907 ff (1908); Canaris NJW 1964, 1987 ff (1988); ders. Feststellung, S. 104 f; Lehmann-Hübner, Allg. Teil, § 28 III, S. 188 sieht den Zweck allerdings in dem Schutz des Minderjährigen vor sich selbst.

(18) Lehmann-Hübner erwähnen hierzu kurz, daß es auf wirtschaftliche Nachteile nicht ankommen könne, Allg. Teil § 28 III, S. 187;

(19) allg. Meinung, für alle: Mugdan Bd. 2, Motive, S. 409; Staudinger-Schäfer § 827 Anm. 14 m.w.N.; Soergel-Siebert-Zeuner § 827 Anm. 3; Erman-Drees

Von der Frage, ob die Verantwortlichkeit gegeben ist, zu trennen, ist die Frage, ob im konkreten Fall ein Schuldvorwurf begründet ist. Fehlt bereits die Deliktsfähigkeit, so erübrigen sich allerdings weitere Feststellungen über das Vorliegen eines Verschuldens. Ist die Verantwortlichkeit hingegen zu bejahen, so kann es dennoch im konkreten Fall an einem Verschulden fehlen, wenn z.B. der Schaden nicht auf einen Verstoß gegen objektive Sorgfaltspflichten zurückzuführen ist.

Die Notwendigkeit einer Trennung zwischen der Frage der Deliktsfähigkeit und dem Vorliegen eines Verschuldens wird auch durch § 829 deutlich. Für eine Billigkeitshaftung nach § 829 reicht allein die Feststellung eines im Zustand der Deliktsunfähigkeit rechtswidrig verursachten Schadens nicht aus. Zusätzlich erforderlich ist, daß die Schadenszufügung unter Umständen erfolgt ist, die im Falle der Deliktsfähigkeit ein schuldhaftes Handeln begründet hätten. (20)

§ 827 Anm. 3; Palandt-Thomas § 827 Anm. 1 m.w.N.; RGZ 108, 86 ff (89); dazu Josef LZ 1926, 321 ff; RG JW 1912, 24 f;

- (20) Diese Auffassung ist nicht ganz unbestritten, m.E. aber zutreffend, weil ein Deliktsunfähiger ansonsten schärfer haften würde als ein schuldlos haftender Deliktsfähiger, für den § 829 nicht gelten soll. Vgl. hierzu Bruns JZ 1964, 473 ff; Geilen FamRZ 1965, 401 ff; im übrigen für die Vielzahl der Argumente des Für und Wider: Krückmann JherJb. 55 (1909), 1 ff (4 ff); Brodmann AcP 99 (1906), 327 ff (371 ff); Heinsheimer AcP 95 (1903), 234 ff; Rümelin AcP 90 (1900), 171 ff (247 f); Höchster AcP 104 (1909), 427 ff; Oertmann LZ 1924, 244 ff; Pfizer DJZ 1904, 712 ff; Planck-Flad § 829 Anm. 2 a; Oertmann, BGB-Komm. § 829 Anm. 1 b; Palandt-Thomas § 829 Anm. 1; Soergel-Siebert-Zeuner § 829 Anm. 2 m.w.N.; Erman-Drees § 829 Anm. 1; Fikentscher, Schr. § 110 S. 674; Larenz, Schr. Bd. 2 § 71 II, S. 454 f; Leonhard, Schr. Bd. 1, S. 181 m.w.N. aus der Rechtsprechung; Esser, Schr. Bd. 2 § 106 III, S. 394; BGB-RGRK-Haager § 828 Anm. 3; Staudinger-Schäfer § 829 Anm. 29 ff; Schwartz, Billigkeitshaftung, S. 13 ff m.w.N.; RGZ 94, 220, 146, 213; BGHZ 39, 281 ff (284); BGH NJW 1958, 1630;

Als Zweck des § 827 kann es daher bezeichnet werden, denjenigen vor der rechtlichen Verantwortung für seine eigenen Handlungen zu schützen, der im Zeitpunkt der Handlung sein Tun bewußtseinsmäßig nicht erkannt hat bzw. erkennen konnte. Er wird dadurch erreicht, daß unwillkürlichen Handlungen, die im eigentlichen Sinn auch keine menschlichen Handlungen sind, jede juristische Relevanz abgesprochen wird. Ferner kommt durch § 827 zum Ausdruck, daß niemand vor der rechtlichen Verantwortung sowie den Folgen tatsächlicher Handlungen jeder Art geschützt zu werden braucht, wenn er diese bewußtseinsmäßig erfaßt hat bzw. erfassen konnte. Hierbei handelt es sich um die negative Seite der positiven Regelung des § 827. (21)

Der Anwendungsbereich des § 827 ist, obwohl sich diese Regelung im Recht der unerlaubten Handlung befindet, hierauf nicht beschränkt. So findet § 827 u.a. durch die entsprechende Verweisung in § 276 im Bereich der rechtsgeschäftlichen Verschuldenshaftung Anwendung. (22) Sein Gedanke ist jedoch noch weitgehender und erstreckt sich nicht nur auf die Fälle, in denen die Verantwortung für ein Verschulden in Frage steht. Er wurde lediglich anlässlich der Verschuldenshaftung formuliert. Das wird insbesondere auch dadurch deutlich, daß mit einer Entscheidung über die Verantwortlichkeit nicht zugleich eine Entscheidung über das

(21) § 827 widerspricht dem nicht. Der Fahrlässigkeitsvorwurf in § 827 Abs. 2 liegt nicht in dem im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit widerrechtlich verursachten Schaden, sondern allein in der schuldhaften Verursachung eines vorübergehenden Zustandes der Unzurechnungsfähigkeit durch Einnahme geistiger Getränke oder ähnlicher Mittel begründet.

(22) Analog angewendet werden sollen §§ 827, 828 im Falle des § 228 S. 2 (vgl. Staudinger-Schäfer Vorbem. 7 vor §§ 827, 828; Staudinger-Coing § 228 Anm. 19), des § 530 Abs. 1 (vgl. Larenz, SchR. Bd. 2 § 47 II, S. 132 Fußnote 2 m.w.N.) und des § 817 Abs. 2 (vgl. RGZ 105, 270 ff, 272).

Vorliegen des Verschuldens getroffen wird. Durch ihn wird vielmehr ganz allgemein zum Ausdruck gebracht, unter welchen Umständen überhaupt Handlungen und sonstige Vorgänge außerhalb einer rechtsgeschäftlichen Bindung rechtlich bedeutsam werden können, damit nicht auch schützenswerte Personenkreise, wie z.B. die Geisteskranken der ganzen Strenge des Gesetzes unterworfen werden.

4. Zweck und Inhalt des § 828

Der mit § 828 Abs. 2 beabsichtigte Zweck entspricht dem des § 827. Er wird jedoch auf andere Weise erreicht. (23)

Der Schutz vor der Verantwortlichkeit für eigenes Handeln hängt z.B., wie schon erwähnt, bei einem Geisteskranken von der durch die Geisteskrankheit gestörten bzw. ungestörten bewußtseinsmäßigen Erfassung seiner Handlungen als Handlung ab. Liegt diese Voraussetzung vor, so wird davon ausgegangen, daß der volljährige Geisteskranke sie auch in ihrer Bedeutung hat einordnen können.

Anders ist es bei einem Minderjährigen im Alter zwischen 7 und 18 Jahren. Er ist generell handlungsfähig. Seine Verantwortlichkeit für ein Handeln ist allerdings bedingt durch seine entwicklungsabhängige Reife, die Bedeutung seiner Handlung, sein Unrecht und seine Einstandspflicht erkennen zu können. (24)

-
- (23) Die Trennung Zurechnungsfähigkeit und Verschulden - beides ist gesondert zu prüfen - gilt auch im Rahmen des § 828 Abs. 2; allg. Meinung vgl. Palandt-Thomas § 828 Anm. 2; BGH Nr. 1 zu § 828;
- (24) vgl. hierzu die Kommentierung bei Staudinger-Schäfer § 828 Anm. 1 ff und Palandt-Thomas § 828 Anm. 1 ff jeweils m.w.N. aus Literatur und Rechtsprechung.

Auch § 828 Abs. 2 trennt zwischen dem Vorliegen der Verantwortlichkeit und dem Vorliegen eines Verschuldens. Allerdings bleibt das jugendliche Alter bei der Frage nach einem Verschulden nicht ganz außer Betracht. So ist z.B. eine fahrlässige Handlung nur zu bejahen, wenn der Minderjährige die im Verkehr erforderliche und von einem Angehörigen seiner Altersgruppe regelmäßig aufzubringende Sorgfalt nicht beachtet hat. (25)

Der Gedanke des § 828 Abs. 2, daß die Handlungen und Vorgänge nur dann rechtliche Folgen, die nicht in rechtsgeschäftlichen Bindungen bestehen, begründen können, wenn der Minderjährige reif genug dazu war, sie in ihrer Bedeutung einzuordnen, ist ebenso wie der Gedanke aus § 827 ganz allgemeiner Art und nicht auf den Bereich der Verschuldenshaftung beschränkt. (26)

Von dieser individuellen Betrachtungsweise weicht das Gesetz jedoch in § 828 Abs. 1 ab. Ein Kind bis zu 7 Jahren wird von jeder Verantwortung ausgeschlossen. Hier liegt aber kein Widerspruch zu dem sich aus § 828 Abs. 2 ergebenden Gedanken. § 828 Abs. 1 stellt lediglich allgemein verbindlich fest, daß einem Kind bis zu 7 Jahren die erforderliche Einsichtsfähigkeit in seine Handlungen fehlt, mit der Folge, daß ein Kind unter 7 Jahren, selbst wenn ausnahmsweise die erforderliche Einsichtsfähigkeit gegeben wäre, immer als deliktsunfähig zu betrachten ist.

-
- (25) Vgl. Larenz, Allg. Teil § 6 IV, S. 90 f; Das ergibt sich aus dem sog. objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab der heute herrschenden Lehre, vgl. Larenz, SchR. Bd. 1 § 20 III, S. 208 ff m.w.N.;
(26) vgl. Dittenberger, Schutz des Kindes, S. 44 ff; u. auch oben § 13 Ziff. 3 S. 179 ff mit Note 22;

5. Das gemeinsame Prinzip der §§ 104 f, 107 f, 827 f

In §§ 104 f, 107 f, 827 f liegt das Prinzip des Schutzes der Minderjährigen und Geisteskranken, sowie anderer Personen, die nicht in der Lage sind, von ihren geistigen Fähigkeiten Gebrauch zu machen, begründet. Es wird dem Grunde nach von keiner Seite bestritten. (27) Allerdings besteht keine Einigkeit über den Umfang des Prinzips. Dies hängt vor allem daran, daß die Zwecke der dem Prinzip zugrunde liegenden Vorschriften im einzelnen unterschiedlich beschrieben werden. (28)

Aufgrund der vorangegangenen Erörterungen kann der Umfang des Prinzips wie folgt umschrieben werden: An die Handlungen Geisteskranker und Minderjähriger, gleich welcher Art sie sind, dürfen keine rechtlichen Folgen geknüpft werden, wenn sie als solche nicht erkannt werden oder es an der Fähigkeit fehlt, sie in ihrer Bedeutung zu erfassen. Hinzu kommt, daß rechtsgeschäftliche Handlungen bzw. Willenserklärungen, selbst wenn sie erkannt und bewußtseinsmäßig erfaßt wurden, bei Geschäftsunfähigen zu keiner und bei beschränkt Geschäftsfähigen zu keiner rechtlich nachteiligen Bindung führen dürfen.

Im wesentlichen unterscheidet sich das so verstandene Prinzip in zwei Punkten von den bisherigen Auffassungen.

(27) vgl. Canaris, Feststellung, S. 104 ff, der den Schutz Geisteskranker und Minderjähriger als ein Fundamentalprinzip des BGB bezeichnet.

(28) Vgl. oben § 13 Ziff. 1 und 2, S. 172 ff der §§ 104 f, 107 f und oben § 13 Ziff. 3 und 4, S. 179 ff bzgl. der §§ 827, 828;

Der in den §§ 827, 828 zum Ausdruck gebrachte Schutzgedanke bezieht sich auf alle Handlungen, der Schutz aus §§ 104 f, 107 f hingegen nur auf den Bereich rechtsgeschäftlicher Bindungen, nicht aber auf alle Folgen rechtsgeschäftlichen Handelns.

§ 14

Die Übereinstimmung der vorgeschlagenen Lösung mit dem Prinzip des Schutzes der Minderjährigen und Geschäftsunfähigen

1. Die Auswirkung der Nichtigkeit nach §§ 104 f, 107 f auf den Bestand der Willenserklärungen

Über den Charakter der Willenserklärungen, so wie sie das BGB versteht, gibt es eine Vielzahl von Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung. Bestimmt wurden die Erörterungen durch die in den Materialien zum BGB gegebenen Hinweise, wo es u.a. heißt:

"Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfs ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist. Das Wesen des Rechtsgeschäfts wird darin gefunden, daß ein auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichteter Wille sich bestätigt und daß der Spruch der Rechtsordnung in Anerkennung dieses Willens die gewollte rechtliche Gestaltung in der Rechtswelt verwirklicht." (1)

Unter dem Begriff Willenserklärung wird also nur die rechtsgeschäftliche Willenserklärung verstanden. Die Ausdrücke Willenserklärung und Rechtsgeschäft werden in der Regel auch gleichbedeutend gebraucht. Die Bezeichnung Willenserklärung wird lediglich nur dann gewählt, wo die Willenserklärung nur als ein Bestandteil eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes in Frage kommt. (2) Eine Auseinandersetzung mit den einzelnen

(1) vgl. Mugdan Bd. 1, Motive, S. 421;

(2) Mugdan Bd. 1, Motive, S. 421;

Argumenten und entwickelten Theorien im Anschluß an diese Begriffsbestimmung durch die Gesetzesverfasser würde hier zu weit führen.

Es kann vielmehr mit Larenz (3) davon ausgegangen werden, daß eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung nicht nur eine Mitteilung ist, sondern eine "Geltungserklärung" und als solche in den Regelfällen Verwirklichung des in ihr sich zur Geltung bringenden Rechtsfolgewillens. (4) Sie ist damit das Mittel zur privaten Rechtsgestaltung. Eine Mitteilung hätte dagegen nur deklaratorischen Charakter. Teilt z.B. jemand mit, er wolle jetzt dies oder jenes, so ist er dadurch nicht gehindert, alsbald anderes zu wollen. Die Willenserklärung i.S.d. BGB hat aber den Sinn der Endgültigkeit. Der Erklärende begibt sich der Möglichkeit, sofern er sich den Widerruf nicht vorbehält, sich auf eine Änderung seines Willens zu berufen. Er hat sich durch die Erklärung gebunden. So gesehen ist die rechtsgeschäftliche Willenserklärung nicht anders als ein Gesetz oder ein rechtskräftig gewordenes Urteil - ein bestimmter Akt. Sie dient nicht zur Verlautbarung einer außerhalb ihrer selbst bestehenden Tatsache, sondern unmittelbar der Herbeiführung, der in ihr bezeichneten Rechtsfolge, indem sie besagt, dieses solle hiermit und von nun an gelten. (5)

Die so verstandene rechtsgeschäftliche Willenserklärung wird durch §§ 105 f, 107 f für nichtig erklärt. Das

-
- (3) Larenz, Allg. Teil § 19 S. 273 ff;
(4) vgl. auch Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil § 145 II, S. 895 f; § 164 II, S. 1022 ff jeweils m.w.N.; Soergel-Siebert-Hefermehl § 116 Vorbem. 3; Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 211 ff; 250 f; Bailas, Vertragsschließung, S. 75 ff; Dulkeit, Festschrift Fritz Schulz, S. 148 ff (158 f); Flume, Rechtsgeschäft, § 4, 7, S. 57 ff m.w.N.;
(5) Larenz, Allg. Teil § 19 S. 278 f;

heißt, ihr Charakter als "Geltungserklärung" wird verneint. Infolge ihrer Nichtigkeit ist die rechtsgeschäftliche Willenserklärung nicht mehr die Verwirklichung des in ihr zum Ausdruck kommenden Rechtswillens. Deshalb kann entsprechend dem Schutzzweck der §§ 104 f, 107 f bei Geschäftsunfähigen keine und bei beschränkt Geschäftsfähigen ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters keine rechtlich nachteilige rechtsgeschäftliche Bindung eintreten.

Keineswegs wird durch die §§ 104 f, 107 f verlangt, die geäußerte Willenserklärung als gänzlich ungeschehen zu betrachten. Trotz der Nichtigkeit bleibt die rechtsgeschäftliche Willenserklärung als Willenserklärung, ohne daß sie zu einer rechtsgeschäftlichen Bindung führen könnte, bestehen. Im Gegensatz zu einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung kann man diese als tatsächliche Willenserklärung bezeichnen. Durch §§ 104 f, 107 f wird nicht ausgeschlossen, daß sich ein Geschäftsunfähiger oder beschränkt Geschäftsfähiger einen natürlichen Willen bilden kann und auch in der Lage ist, diesen zu äußern, selbst wenn dieser sich auf Tatsachen bezieht, die auch Gegenstand einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung sein könnten.

Hiergegen kann nicht eingewendet werden, daß häufig der Grund der zur Nichtigkeit der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung führt, auch eine tatsächliche Willenserklärung ausschließt, wie es insbesondere im Falle der §§ 104 Ziff. 2 und 105 Abs. 2 mit Ausnahme der lichten Zwischenräume zutrifft. (6) Diese Regelungen

-
- (6) Während der lichten Zwischenräume wird heute überwiegend volle Geschäftsfähigkeit angenommen. Vgl. Staudinger-Coing § 104 Anm. 9; Soergel-Siebert-Hefermehl § 104 Anm. 7; BGB-RGRK-Krüger-Nieland § 104 Anm. 14; Erman-Westermann § 104 Anm. 5; Flume, Rechtsgeschäft § 13, 3 S. 184 f; Larenz, Allg. Teil § 6 I S. 75 m.w.N.; und andere.

können insoweit nur als Ausdruck eines Erst-Recht-Schlusses verstanden werden mit dem Inhalt, daß dann, wenn die natürliche Willensfähigkeit schon fehlt, auch die Fähigkeit zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen fehlen muß. Die gegenteilige Auffassung, daß bei vorliegender Geschäftsunfähigkeit gleichzeitig immer die Fähigkeit zur Bildung eines natürlichen Willens fehlt, ist nicht vertretbar. So ist ein natürlicher Wille trotz Geschäftsunfähigkeit beispielsweise bei einem entmündigten Geisteskranken während eines lichten Zwischenraums oder nach Eintritt der Gesundung sowie generell bei Minderjährigen zu finden. (7) In anderen Teilen der Rechtsordnung, wie im Recht der unerlaubten Handlungen und im Strafrecht, ist es anerkannt, daß, selbst wenn wegen der wenig flexiblen Regelung der §§ 104 ff bei dem Schädiger oder Straftäter die Geschäftsfähigkeit fehlen sollte, ein davon unabhängiger natürlicher Wille bestehen kann, der sich möglicherweise auch auf Vorgänge bezieht, die in den Bereich rechtsgeschäftlicher Handlungen gehören. (8) Man denke nur an einen nach Erteilung des Maklerauftrags geschäftsunfähig gewordenen Makler, der nunmehr in betrügerischer Weise einen Geschäftsabschluß vermittelt.

Aufgrund der Fähigkeit zur natürlichen Willensbildung ist es daher grundsätzlich möglich, daß z.B. der entmündigte Geisteskranke G während eines lichten Zwischenraums den natürlichen Willen hat, einen Gegenstand aus seinem Vermögen an A wegzugeben, wenn er seinerseits von A eine andere Sache dafür erhält. Infolge der diesbezüglichen Gespräche mit A wird G dann

-
- (7) Flume wehrt sich deshalb dagegen, daß ein Entmündigter, so wie es das BGB vorsieht, generell geschäftsunfähig sein soll, vgl. Flume Rechtsge-
schäft, § 13, 5 S. 187 f; dagegen BGH NJW 1953,
1342; vgl. hierzu auch oben unter § 1 Ziff. 2
S. 12 ff m.w.N.;
- (8) vgl. für § 823 ff oben unter § 15 Ziff. 3 f,
S. 177 ff; für den Bereich des Straf- und Jugend-
strafrechts, Jescheck, Allg. Teil § 40 S. 323 ff;

wissen, daß auch A hierzu nur bereit ist, wenn er von ihm die versprochene Sache bekommt. Der natürliche und tatsächlich geäußerte Wille umfaßt in diesem Fall also auch die Gegenseitigkeit. Allein die Begründung einer rechtlichen Verpflichtung hierzu, eines durchsetzbaren Anspruchs ist nicht möglich.

Die getroffene Feststellung, daß trotz der Nichtigkeit der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung bei vorliegender Fähigkeit zur natürlichen Willensbildung der tatsächlich geäußerte Wille als Tatsache bestehen bleibt und auch so zu behandeln ist, ist nun aber nicht vergleichbar mit der von Pawlowski näher dargelegten Teilnichtigkeit. (9) Die Teilnichtigkeit bedeutet nämlich nur soviel, daß der Umfang der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung als "Geltungserklärung" auf einen Restbereich reduziert wird, der nicht durch den Nichtigkeitsgrund mit erfaßt wird. Die tatsächliche Willenserklärung, so wie sie hier verstanden wird, kann aber auch in Teilbereichen zu keiner rechtsgeschäftlichen Bindung führen. Welche Bedeutung der tatsächlichen Willenserklärung im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Abwicklung zukommt, wird im folgenden gezeigt werden.

2. Die Abhängigkeit der Entstehung des Vertrauens von dem Inhalt der tatsächlichen Willenserklärungen und der Schutz der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen

Durch die von dem natürlichen Willen getragene tatsächliche Willenserklärung wird das Bewußtsein des Erklärenden geformt. Dieses Bewußtsein ist entscheidend für das Bestehen oder Entstehen des guten Glaubens,

(9) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 39 ff;

des Vertrauens auf eine bestimmte Sach- oder Rechtslage. Bei einem nichtigen gegenseitigen Vertrag ist das Bewußtsein, sofern eine natürliche Willensfähigkeit bzw. das notwendige Einsichtsvermögen vorlag, daher auch bei einem Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen durch das beabsichtigte Austauschverhältnis geprägt. Da unter diesen Umständen die Entstehung des guten Glaubens, anders als z.B. bei einem einseitig verpflichtenden Vertrag von der Erbringung der Gegenleistung abhängt (10), werden die nicht voll Geschäftsfähigen in gewisser Weise an dem tatsächlichen Inhalt ihrer Erklärungen festgehalten. Denn gerade dadurch, daß ihr Bewußtsein durch den beabsichtigten gegenseitigen Vertrag, der infolge ihrer persönlichen Voraussetzungen keine Wirksamkeit erlangen konnte, geprägt ist, wird es verhindert, daß das Vertrauen auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung i.S.d. § 818 Abs. 3 bereits mit ihrem Empfang entstehen kann.

Diese Bindung ist aber nicht rechtsgeschäftlicher Art. Eine unzulässige rechtsgeschäftliche Bindung durch den Inhalt der tatsächlich erfolgten Willenserklärungen wäre nur anzunehmen, wenn durch sie ein privatautonomer Rechtsgrund geschaffen worden wäre, der eine Ausdehnung der Haftung bzw. eine Aufhebung gesetzlich bestehender Haftungsbeschränkungen begründen würde. Dies ist aber nicht der Fall.

Die Bindungswirkung liegt vielmehr im tatsächlichen Bereich, für den die §§ 104 ff nicht maßgebend sind. Der Erkenntnisprozeß, durch den das beabsichtigte Aus-

(10) vgl. oben § 5 Ziff. 2 S. 54 ff;

(11) vgl. oben unter § 13 Ziff. 1 u. 2, S. 172 ff, Hübner, Festschrift für Nipperdey (1955), S. 373 ff (387 f);

tauschverhältnis in das Bewußtsein des einzelnen eingeht, ist ein Vorgang tatsächlicher, nicht aber rechtsgeschäftlicher Art. Ob der in der tatsächlichen Willenserklärung zum Ausdruck gebrachte natürliche Wille zu einem durch das gewollte Austauschverhältnis geprägten Bewußtsein führt, hängt allein von der persönlichen Fähigkeit des Erklärenden ab, seine Erklärungen in ihrer Bedeutung zu erfassen und einzuordnen. Die tatsächliche im Bewußtsein des einzelnen liegende Bindung an den Inhalt der von dem natürlichen Willen getragenen, tatsächlichen Willenserklärung bewirkt, daß das für § 818 Abs. 3 erforderliche Vertrauen auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung im Falle eines gescheiterten gegenseitigen Vertrags erst mit der Erbringung der Gegenleistung entstehen kann. Der Umstand, daß die bereicherungsrechtliche Haftung je nachdem, ob die Erbringung der Gegenleistung für die Entstehung des guten Glaubens i.S.d. § 818 Abs. 3 erforderlich war oder nicht, einen anderen Umfang hat, ist die von dem Bereicherungsrecht vorgesehene gesetzliche Folge der Bindung des Bewußtseins an den tatsächlich erklärten natürlichen Willen.

Bei der bereicherungsrechtlichen Abwicklung bleibt das Prinzip des Schutzes der Geisteskranken und Minderjährigen aber nicht völlig unberücksichtigt. (12) So hängt die Frage, ob ein Geisteskranker, Entmündigter oder Minderjähriger das Austauschverhältnis bei dem beabsichtigten gegenseitigen Vertrag erfaßt hat, entscheidend davon ab, ob die Fähigkeiten hierzu überhaupt gegeben waren. Ihre Beurteilung richtet sich im wesentlichen nach den sich aus §§ 827, 828 ergebenden

(12) vgl. oben unter § 13 Ziff. 3 und 4, S. 179 ff;

Rechtsgedanken. Ein erwachsener Geisteskranker bzw. Entmündigter wird die Bedeutung seiner Handlungen, hier der Vertragsverhandlungen und der tatsächlich abgegebenen Willenserklärungen nur erfassen können, wenn er auch die Fähigkeit zur freien Willensbildung hatte, ein Minderjähriger nur, wenn er fähig war, die Bedeutung seines Willens bzw. tatsächlichen Tuns zu erkennen. Darüberhinaus gebietet § 828 Abs. 1, daß bei Kindern bis zu 7 Jahren, selbst wenn sie bewußtseinsmäßig alles voll und zutreffend erfaßt haben sollten, hiervon eine Ausnahme zu machen ist. Sie müssen daher in jedem Fall wie Gutgläubige behandelt werden. Das gleiche gilt für Geisteskranke und Minderjährige, bei denen die den §§ 827, 828 entsprechenden Voraussetzungen nicht vorliegen.

Ferner finden die Rechtsgedanken aus §§ 827, 828 bei der Frage der Berücksichtigung, ob die von dem Bösgläubigen, aber z.B. geisteskranken Bereicherungsschuldner empfangene Sache zufällig oder aber schuldhaft untergegangen ist. Von der Entscheidung hierüber hängt es dann ab, ob der betreffende Bereicherungsschuldner, wenn die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, Schadensersatz oder aber nur Wertersatz zu leisten hat. (13)

3. Die Vernichtung des Vertrauens durch Kenntnisse der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen

War ein Empfänger zunächst gutgläubig und erfährt er später, daß z.B. ein Rechtsgrund für die empfangene Leistung nicht besteht, so ist das Vertrauen auf deren

(13) vgl. oben unter § 8 S. 109 ff;

Endgültigkeit zerstört. (14) Von diesem Zeitpunkt an unterliegt der Empfänger bzgl. der empfangenen Leistung wieder den Haftungsgrundsätzen, die das Bereicherungsrecht als Regelfall (§§ 818 Abs. 1, 2 und 4, 819, 820) ansieht. Das gleiche muß auch für Geschäftsunfähige und beschränkt Geschäftsfähige gelten. Auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters, wie es zum Teil unter Berufung auf den Schutzzweck der §§ 104 ff angenommen wird (15), kann es hier nicht ankommen.

Der Eintritt bzw. Wiedereintritt der normalen Bereicherungshaftung für die empfangene Leistung ist keineswegs eine Folge rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Verhaltens. Hat z.B. ein minderjähriger Leistungsempfänger von der Rechtsgrundlosigkeit der von ihm empfangenen Leistung erfahren, so wird sein Bewußtsein durch diese Kenntnis bestimmt. Die Bösgläubigkeit tritt dann ein, wenn der Minderjährige die Bedeutung der von seiner Kenntnis umfaßten Umstände in bezug auf das Behaltendürfen der empfangenen Leistung bewußtseinsmäßig erfaßt hat, d.h. dann, wenn er aufgrund seiner Kenntnisse den richtigen Schluß zieht, daß er die empfangene Leistung unter Umständen wieder herausgeben muß. Dieser Vorgang setzt die gleichen Fähigkeiten voraus, wie sie auch im Rahmen von § 828 Abs. 2 verlangt werden.

(14) Die folgenden Ausführungen gelten natürlich auch, wenn der Geschäftsunfähige oder beschränkt Geschäftsfähige von Anfang an aufgrund der Kenntnisse bestimmter Umstände das Bewußtsein hatte, daß die von ihm empfangene Leistung keine Endgültigkeit besitzt, so z.B. wenn ein Minderjähriger wußte, daß er ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters keinen wirksamen Vertrag schließen kann.

(15) Vgl. oben § 12 S. 169 ff mit Noten 7 ff; und Metzler NJW 1971, 690 f; Canaris JZ 1971, 560 ff; Medicus FamRZ 1971, 250 ff;

Unabhängig ist aber der Eintritt der Bösgläubigkeit von der Fähigkeit zur Eingehung rechtsgeschäftlicher Bindungen. Durch die Bösgläubigkeit werden keine rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Beziehungen geknüpft, die auf den gesetzlichen Bereicherungsanspruch Einfluß nehmen. Die Bösgläubigkeit ist vielmehr ein individueller Zustand, von dem der bereicherungsrechtliche Haftungsumfang bzgl. der empfangenen Leistung abhängt. Für die Beurteilung des der Bösgläubigkeit zugrunde liegenden Bewußtseins sind allein die Grundsätze der §§ 827 ff maßgebend.

Demgegenüber wird aber die Auffassung vertreten, daß der beschränkt Geschäftsfähige im Falle einer Leistungskondition nur dann einer § 819 entsprechenden Haftung unterworfen werden könne, wenn auch sein gesetzlicher Vertreter die zur Bösgläubigkeit führenden Umstände gekannt habe. Als Grund hierfür wird der Schutzgedanke des § 107 genannt, da dem beschränkt Geschäftsfähigen mit der Haftung nach § 819 praktisch seine vertraglichen Pflichten wieder auferlegt würden. (16)

Dieser Auffassung kann schon aus den genannten Gründen nicht gefolgt werden. (17) Hinzu kommt aber noch ein weiterer Gedanke. Wie schon erwähnt (18), ist es allein Zweck des § 107, den beschränkt Geschäftsfähigen vor einer nachteiligen rechtsgeschäftlichen Bindung zu schützen. Die Verwirklichung dieses Schutzes liegt

(16) Diese Auffassung ist letztlich wohl eine Konsequenz aus einem falsch verstandenen Zweck der §§ 104 f, 107 f; vgl. dazu oben unter § 13 Ziff. 1 und 2, S. 172 ff und Canaris, Feststellung, S. 104 f mit Fußnoten 162 a;

(17) vgl. oben unter § 14 Ziff. 3 insb. S. 193;

(18) vgl. oben unter § 13 Ziff. 1 und 2 S. 172 ff;

darin, daß dem angestrebten Rechtsgeschäft die Wirksamkeit versagt bleibt und infolgedessen bereits erbrachte Leistungen zurückzugewähren sind. Die bereicherungsrechtliche Haftung ist also schon die Folge des bereits verwirklichten Schutzgedankens der §§ 104 ff und kann daher schlecht durch den Zweck derselben Vorschriften wieder ausgeschlossen bzw. weitgehend eingeschränkt werden. Zudem richtet sich der Umfang der bereicherungsrechtlichen Haftung, der eigenen gesetzlichen, nicht aber rechtsgeschäftlichen Regeln unterliegt (19), im Normalfall nach den §§ 818 Abs. 1, 2 und 4, 819 ff, während die Beschränkung der Haftung durch § 818 Abs. 3 im Falle der Gutgläubigkeit die Ausnahme ist. (20) Rechnet der beschränkt Geschäftsfähige mit der Möglichkeit, die empfangene Leistung wieder herausgeben zu müssen, so ist er im Sinne der §§ 818 ff bösgläubig, selbst wenn sein gesetzlicher Vertreter die zu diesem Bewußtsein führenden Umstände nicht kennt. (21) Wollte man in diesem Falle die §§ 818 Abs. 1, 2 und 4, 819 ff entsprechende Haftung nicht gelten lassen, so würde der beschränkt Geschäftsfähige trotz seiner Bösgläubigkeit wie ein Gutgläubiger behandelt. Dafür ergeben sich aber auch aus §§ 104 ff keine Gründe.

Ebensowenig überzeugen können die Argumente von Metzler. (22) Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist der u.a. in § 819 enthaltene Verweis auf die nach

(19) vgl. hierzu: v.Tuhr, Allg.Teil Bd. 2, S. 365; Enneccerus-Nipperdey, Allg.Teil § 151 S. 932 mit Fußnote 7; Soergel-Siebert-Mühl § 819 Anm. 6; Oertmann, BGB-Komm. § 819 Anm. 3; Weintraud, Saldotheorie, S. 97; Flume, Rechtsgeschäft, § 13 S. 193; Boehmer, MDR 1959, 705 f; Diesselhorst, Natur der Sache, S. 196 f; Kuhl, Verhältnis, S. 26 f; in letzter Konsequenz auch BGHZ 55, 128 ff;

(20) vgl. oben unter § 4 S. 40 ff;

(21) vgl. oben unter § 14 Ziff. 3, insb. S. 193 im Ergebnis auch Pössinger, S. 86 ff;

(22) Metzler NJW 1971, 690 ff u. MDR 1971, 611 ff;

Eintritt der Rechtshängigkeit bestehende Haftung. Daraus, daß die Rechtshängigkeit erst mit Zustellung der Klage an den gesetzlichen Vertreter des beschränkt Geschäftsfähigen eintritt (§ 171 ZPO), schließt er, daß es auch bei der in § 819 Abs. 1 an die Stelle der Rechtshängigkeit tretenden Kenntnis bzw. Bösgläubigkeit nur auf die Person des gesetzlichen Vertreters ankommen könne.

Dieser Schluß ist jedoch rein formeller Art und nur bestimmt durch die vom Gesetzgeber verwendete Technik, Rechtsfolgen vereinfachend durch entsprechende Verweisungen auszusprechen. Nicht ausreichend wird der Grund der Haftung nach § 819 Abs. 1 und der für die Regelung des § 171 ZPO berücksichtigt. Im Falle des § 819 Abs. 1 liegt er, wie oben schon dargestellt (23), in dem fehlenden Vertrauen auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung. Dieses kann auch einem Minderjährigen fehlen, ohne daß sein gesetzlicher Vertreter eine entsprechende Kenntnis hat. Im Falle des § 171 ZPO ist die für den Eintritt der Rechtshängigkeit erforderliche Zustellung der Klage an den gesetzlichen Vertreter des minderjährigen Beklagten nur notwendig, soweit dieser prozeßunfähig (§§ 51, 52 ZPO) ist. Die Regelung des § 171 ZPO ist nur unter dem Gesichtspunkt der Prozeßunfähigkeit eines Minderjährigen, der mangelnden Fähigkeit ein für ihn nachteiliges Prozeßrechtsverhältnis und damit die Rechtshängigkeit wirksam zu begründen, zu verstehen. Ein materieller Zusammenhang zwischen der Fähigkeit, ein Prozeßrechtsverhältnis zu begründen, die nach den gleichen Kriterien zu beurteilen ist wie die Geschäftsfähigkeit (§ 52 Abs. 1 ZPO) und der Fähigkeit, infolge bestimmter Kenntnisse bösgläubig zu sein, der die von Metzler gezogene Parallele rechtfertigen könnte, ist aber nicht zu erkennen.

(23) vgl. oben unter § 4 Ziff. 1 S. 40 ff und § 8 Ziff. 2, S. 114 ff;

Schließlich sind die Voraussetzungen des Eintritts der Rechtshängigkeit mit denen der Bösgläubigkeit noch aus einem weiteren Grunde nicht zu vergleichen. Für das Vorliegen bzw. den Eintritt der normalen Bereicherungshaftung ist die Rechtshängigkeit lediglich ein fixierter Punkt, der nichts bestimmtes über das Bestehen einer Bösgläubigkeit aussagt und nach dem der Ausschluß der Begünstigung aus § 818 Abs. 3 nicht mehr von der individuellen Beurteilung der Gut- bzw. Bösgläubigkeit abhängt, so wie es u.a. von §§ 819, 990 gefordert wird. Bei Rechtshängigkeit wird man zwar in der Regel davon ausgehen können, daß bei dem Beklagten das Vertrauen auf die Endgültigkeit der mit der Klage herausverlangten Sache fehlt. Ausnahmen hiervon sind aber auch denkbar. Nur bleibt das nach Eintritt der Rechtshängigkeit möglicherweise noch bestehende Vertrauen des Beklagten unberücksichtigt.

Das bisher Gesagte gilt im wesentlichen auch für geschäftsunfähige Bereicherungsschuldner. Auch ein Geschäftsunfähiger kann ebenso wie ein beschränkt Geschäftsfähiger das Vertrauen auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung durch das Erlangen bestimmter Kenntnisse verlieren. Voraussetzung hierzu ist jedoch, daß in seiner Person, die von § 827 verlangten Fähigkeiten vorliegen. (24)

4. Der in dem vorgeschlagenen Lösungsweg verwirklichte Schutz der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen - eine Zusammenfassung

Die Entscheidung über den guten bzw. bösen Glauben hängt von der bewußtseinsmäßigen Verarbeitung der Ergebnisse der Umwelt ab, so z.B. auch von dem Erfassen

(24) vgl. oben unter § 14 Ziff. 2, S. 187 ff;

der Bedeutung des tatsächlich erklärten Willens oder der vorhandenen Kenntnisse. Dieser Vorgang ist weder rechtsgeschäftlicher noch rechtsgeschäftsähnlicher Natur. Deshalb kann es bei einem Minderjährigen auch nicht auf die Kenntnis seines gesetzlichen Vertreters ankommen.

Der je nach Gut- oder Bösgläubigkeit unterschiedliche Umfang der Haftung ist damit nicht die Folge eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Handelns, sondern die vom tatsächlichen Bewußtsein abhängige gesetzliche Folge eines nichtigen Vertrags.

Dem Prinzip des Schutzes der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen wird zum einen dadurch Rechnung getragen, daß eine rechtsgeschäftliche Bindung nicht eintreten kann, das beabsichtigte Vertragsverhältnis also nichtig ist. Zum anderen findet es aber auch in dem Bereich Berücksichtigung, der als Folge des Schutzzweckes aus §§ 104 f, 107 f anzusehen ist, indem die Formung des für den Umfang der Bereicherungshaftung ausschlaggebenden Bewußtseins entsprechend dem Gedanken der §§ 827, 828 von der individuellen Fähigkeit zur natürlichen Willensbildung und der Erfassung der Bedeutung tatsächlicher Geschehnisse abhängt.

§ 15

Die Rechtsprechung bei Vertragsnichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit und beschränkter Geschäftsfähigkeit

1. Die Rechtsprechung und der vorgeschlagene Lösungsweg

a. Vertragsnichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit

In jüngster Zeit sind, soweit ersichtlich, keine Entscheidungen mehr veröffentlicht worden, die sich mit

der bereicherungsrechtlichen Abwicklung gegenseitiger Verträge befassen, die wegen Geschäftsunfähigkeit des einen Partners nichtig waren. Ein Grund hierfür mag wohl darin liegen, daß die Rechtsprechung seither dem Beschluß des großen Senats für Zivilsachen des Reichsgerichts (GSZ) vom 30.1.1940 gefolgt ist. (1) In dieser Entscheidung war das Reichsgericht zwar nur mit den Rechtsfragen der Abwicklung eines einseitig erfüllten gegenseitigen Vertrags befaßt. Durch die grundlegenden Ausführungen zu dem Verhältnis zwischen Bereicherungsrecht und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis wurde aber der Endpunkt für die Rechtsprechung gesetzt, die der Saldotheorie folgte, selbst wenn der Vertrag wegen Geschäftsunfähigkeit nichtig war. (2) Die von dem Reichsgericht gegenüber dem Bereicherungsrecht festgestellte Vorrangigkeit der Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis schloß nunmehr die Anwendung der Saldotheorie aus, da die Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nicht in den bereicherungsrechtlichen Saldo einbezogen werden konnten. Im Ergebnis führte diese Entscheidung zu der heute noch herrschenden Auffassung, daß die Abwicklung bei Vertragsnichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit unterschiedslos nach den Grundsätzen der Zweikonditionenlehre zu erfolgen habe, wobei zusätzlich noch das Argument des Schutzes der Geschäftsunfähigen eine bedeutende Rolle spielt. (3)

Für den hier vertretenen Lösungsweg bieten die bisher erfolgten Entscheidungen wenig bestätigende Gesichtspunkte. So läßt sich nicht, auch nicht mit einiger Sicherheit feststellen, ob die von dem Reichsgericht

-
- (1) RGZ 163, 348 ff;
 - (2) RGZ 32, 319 ff; 60, 284 ff; RG JW 1910, 283 f; WarnRspr. 1911 Nr. 325; RGZ 86, 343 ff; RG JW 1918, 132 f m.Anm. v. Oertmann;
 - (3) vgl. oben § 3 S. 35 ff m.w.N.;

gefundenen Ergebnisse auch von der hier vertretenen Lösung getragen würden. Bei den Überlegungen hierzu könnte man nur mit Unterstellungen arbeiten, da in den Entscheidungen keine ausdrücklichen Feststellungen über die subjektiven Voraussetzungen der geschäftsunfähigen Partner getroffen worden sind. Die Entscheidungen, die trotz der Geschäftsunfähigkeit der Saldotheorie gefolgt sind (4), ließen sich im wesentlichen rechtfertigen, wenn man voraussetzte, daß der geschäftsunfähige Partner die Bedeutung des Austauschverhältnisses bewußtseinsmäßig erfaßt hatte. Mit einer gegenteiligen Unterstellung fänden aber dann auch die Entscheidungen, die der Zweikonditionenlehre folgen, eine Bestätigung. Alle Erörterungen hierüber wären daher nur reine Spekulation.

In zwei Punkten allerdings zeigen die Entscheidungen, die vor dem Beschluß des großen Senats für Zivilsachen vom 30.1.1940 ergangen sind und die Saldotheorie zugrunde legen, wenigstens zu einem Teil eine Übereinstimmung mit dem hier vertretenen Lösungsvorschlag. Der eine betrifft die Gefahrverteilung. Bei Anwendung der Saldotheorie hat nämlich jeder Vertragspartner die Gefahr für die empfangene Leistung bis zur Höhe des Werts der Gegenleistung, also nicht auch für den bei Vertragsgültigkeit erzielten Überschuß zu tragen. Die gleiche Gefahrverteilung findet sich bei der vorgeschlagenen Lösung, wenn der Bereicherungsschuldner die Bedeutung des Austauschverhältnisses erfaßt hatte. (5) Der andere Punkt bezieht sich auf das Verhältnis zwischen dem Bereicherungsrecht und dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, denn dadurch, daß das Reichsgericht ohne Berücksichtigung der §§ 987 ff die Saldo-

(4) vgl. oben S. 199 Note 2;

(5) vgl. oben § 6 S. 62 ff u. § 7 S. 101 ff;

theorie angewendet hat, kommt zum Ausdruck, daß es der bereicherungsrechtlichen Abwicklung gegenüber der nach §§ 987 ff den Vorrang gegeben hat. (6)

b. Vertragsnichtigkeit wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit

Im Gegensatz zu den wegen Geschäftsunfähigkeit nichtigen Verträgen beschäftigte die Gerichte, insbesondere auch die Land- und Oberlandesgerichte, immer wieder die bereicherungsrechtliche Abwicklung der wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit nichtigen Verträge. Einheitlich ist die Rechtsprechung insoweit, als sie die Saldotheorie aus Gründen des Schutzes der beschränkt Geschäftsfähigen nicht anwendet. (7)

Allerdings wurde versucht bei der Inanspruchnahme von Leistungen der Massenversorgung durch einen Minderjährigen die Gegenleistungspflicht aus einem aufgrund sozialtypischen Verhaltens begründeten Rechtsverhältnis herzuleiten. (8) Besonders bekannt worden ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des Landgerichts Bremen vom 17.8.1966. (9) Das Landgericht ist in dieser Entscheidung davon ausgegangen, daß bei der Inanspruchnahme von Leistungen, die der Massenversorgung dienen (hier: Straßenbahn), sich eine Gegenleistungspflicht aus dem Rechtsgrund des sozialtypischen Verhaltens ergebe und zwar auch dann, wenn ein Minderjähriger, der

-
- (7) vgl. LG Bielefeld NJW 1963, 908 ff; LG Münster NJW 1964, 51 ff; OLG Hamm OLGZ 1966, 257 ff; KG FamRZ 1964, 518 ff; LG Lüneburg NJW 1970, 665 ff; BGHZ 55, 128 ff; aus der älteren Rechtsprechung: KG OLG 20, 249 ff; RG JW 1917, 465 f; OLG Hamburg SeuffA. 76 34 ff;
- (8) Über die Bedeutung des "sozialtypischen Verhaltens" im Rechtsverkehr, vgl. Larenz, Allg. Teil § 28 II, S. 448; ders. NJW 1956, 1897 ff; Lehmann NJW 1958, 1 ff, jeweils mit weiteren Nachweisen; BGHZ 21, 319 ff; 23, 175; 55, 128 ff; neuerdings: Jauernig NJW 1972, 1 ff und 1311 ff; Eidenmüller NJW 1972, 1309 ff; Schlund RdJ 1971, 77 ff;

ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters eine solche Leistung in Anspruch genommen hat, die sozialtypische Bedeutung seines Handelns erkennen mußte. Die Entscheidung ist aber weithin auf Kritik gestoßen. (10) Sie ist letztlich auch abzulehnen, da sich ein Minderjähriger durch sozialtypisches Verhalten ebenso wie aufgrund eines veranlaßten Rechtsscheins nur unter den Voraussetzungen der §§ 107 ff rechtsgeschäftlich binden kann. (11) Bedeutend an der Entscheidung ist jedoch der Gedanke, daß dem Erkennen eines sozialtypischen Verhaltens, dem Bewußtsein, daß für eine in Anspruch genommene Leistung ein Geldbetrag aufzuwenden ist (12), - im Ergebnis die Kenntnis der Bedeutung des Austauschverhältnisses, - eine entscheidende Rolle beigemessen wird. Gerade diese Kenntnis, die sich auf jeden anderen Vertrag beziehen kann, ist es, die das Bewußtsein, von dem die Entstehung des guten Glaubens i.S.d. § 818 Abs. 3 und damit auch der Umfang des Bereicherungsanspruchs abhängig ist, eines jeden bildet, auch das eines Minderjährigen.

Folgt man der vorgeschlagenen Lösung, so hätte in dem Fall, den das Landgericht Bremen zu entscheiden hatte, der Minderjährige nur zur Zahlung des Ersatzes der Kosten für die Straßenbahnbenutzung in Höhe des Fahrpreises von 0,30 DM verurteilt werden können, nicht

-
- (9) LG Bremen NJW 1966, 2360 ff;
(10) Medicus NJW 1967, 354; Konow DB 1967, 1840; Mezger NJW 1967, 1740; Berg MDR 1967, 448 f; vgl. für viele andere Larenz, Allg. Teil, § 28 II S. 452, der seine frühere Ansicht aufgegeben hat und nun auch die Meinung vertritt, daß ein Minderjähriger durch "sozialtypisches Verhalten" ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreter keine rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Verhältnisse begründen könne.
(11) Vgl. oben unter § 13 Ziff. 1 u. 2, S. 172 ff;
(12) LG Bremen NJW 1966, 2360 ff (2361); Larenz NJW 1956, 1897 ff (1899) m.w.N.;

aber zur Zahlung des, wenn auch herabgesetzten, Bußgeldes aufgrund der Beförderungsbedingungen. Der Minderjährige konnte ohne Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter keinen wirksamen Beförderungsvertrag schließen oder vertragsähnliche Beziehungen begründen. Da er aber wußte, daß es für die Fahrt mit der Straßenbahn auch den Fahrpreis zu bezahlen gehabt hätte, war er bösgläubig. Ihm fehlte das Vertrauen auf den Bestand der in Anspruch genommenen Dienstleistung, der kostenlosen Beförderung. Er mußte daher mit einem der empfangenen Leistung entsprechenden Wertausgleich rechnen. Auf die Kenntnis der gesetzlichen Vertreter kommt es dabei nicht an, da das Gericht sich davon überzeugt hatte, daß der Minderjährige die notwendige Einsichtsfähigkeit besaß. Wegen der Bösgläubigkeit spielt es auch keine Rolle, ob es sich um eine Vergnügungsfahrt gehandelt hat, die keine faßbare Ersparnis im Vermögen des Minderjährigen zurückgelassen hat. Dieser Gesichtspunkt führt - jedenfalls nach der h.L. - nur bei Gutgläubigkeit zur Befreiung von der bereicherungsrechtlichen Haftung. (13)

Bei den übrigen Entscheidungen, die der Zweikondiktionslehre folgen, liegen die Probleme im wesentlichen bei der Beurteilung der Voraussetzungen für eine verschärfte Haftung (§§ 818 Abs. 4, 819 ff) des beschränkt Geschäftsfähigen sowie bei der Frage, unter welchen Umständen eine Ersparnis aufgrund der empfangenen Leistung anzunehmen ist. Zu ihnen gehören vor allem die Urteile, die sich mit der bereicherungsrechtlichen

(13) Berg MDR 1967, 448 ff hält das Ergebnis ebenfalls für richtig; ebenso wohl auch Mezger NJW 1967, 1740 f, der auf Berg verweist. Unter Anwendung der in BGHZ 55, 128 ff niedergelegten Grundsätze wäre ebenso zu entscheiden.

Abwicklung nicht genehmigter Automietverträge mit Minderjährigen befassen. (14) Die diesen Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte entsprechen sich weitgehend. Ein Minderjähriger, der sein Alter verschwiegen oder aber über sein wirkliches Alter getäuscht hatte, mietete ohne Wissen der gesetzlichen Vertreter ein Kraftfahrzeug. Da die Begleichung des Mietpreises unterblieben war, klagte der Vermieter auf Zahlung desselben.

Die Gerichte haben im wesentlichen auch gleich entschieden. Sie sind davon ausgegangen, daß in dem Belassen des Führerscheins im Besitz des Minderjährigen durch seine gesetzlichen Vertreter keine generelle Einwilligung für die Anmietung von Kraftfahrzeugen liegt. (15) Ferner haben sie eine verschärfte Haftung Minderjähriger immer verneint, sofern die gesetzlichen Vertreter keine Kenntnis von dem Abschluß des Mietvertrags hatten, da es nach Meinung der Rechtsprechung im Rahmen des § 819 allein auf die Kenntnisse des gesetzlichen Vertreters, nicht aber auf die des beschränkt Geschäftsfähigen ankommen kann. (16) Die Entscheidungen führen daher alle zu dem Ergebnis, daß eine Bereicherung der Minderjährigen durch die Benutzung des Fahrzeugs zu Vergnügungsfahrten in Form einer Ersparnis nicht bestehe. Unter Hinweis auf § 818 Abs. 3 wurde daher ein Anspruch der Vermieter abgelehnt. (17)

-
- (14) LG Münster NJW 1964, 51 ff; LG Bielefeld NJW 1963, 908 f; OLG Hamm OLGZ 1966, 257 ff; OLG München VersR 1966, 1062 ff; Fink DAR 1971, 291 ff; Schnitzerling RdJ 1967, 15 ff;
- (15) h.M. anders noch OLG Hamm NJW 1961, 1120 m.Anm.v. Kieninger NJW 1961, 1852 f; Diese gegenteilige Auffassung hat das OLG Hamm in der Entscheidung OLGZ 1966, 257 ff ausdrücklich aufgegeben.
- (16) Vgl. oben unter § 14 Ziff. 3 S. 192 ff;
- (17) Anders wohl OLG München VersR 1966, 1062 ff, nach dem sich die Rechtsbeziehungen zwischen dem Minderjährigen und dem Vermieter nach §§ 993 ff regeln. Das OLG Hamm (OLGZ 1966, 257 ff) hat dagegen nur dann, ohne daß die gesetzlichen Vertreter Kenntnis von dem Vertragsschluß hatten, eine Haftung des Minderjährigen nach den Regeln des Eigentümer-Besitzer-Verhältnis angenommen,

Ob der vorgeschlagene Lösungsweg diese Entscheidungen in ihrem Ergebnis trägt, läßt sich nicht mit letzter Sicherheit beurteilen. Zuzustimmen ist der Feststellung, daß in dem bloßen Belassen des Führerscheins keine generelle Einwilligung der gesetzlichen Vertreter zum Abschluß von Automietverträgen liegt. Im übrigen lassen die Sachverhalte aber nicht erkennen, ob die beteiligten Minderjährigen dazu in der Lage waren, die Bedeutung des Mietvertrags, des ihm zugrunde liegenden Austauschverhältnisses zu erfassen. (18) Nur eine Vermutung spricht dafür, daß ein Minderjähriger, der als Führerscheininhaber der Klasse 3 mindestens das 18. Lebensjahr vollendet haben muß, regelmäßig diese Fähigkeiten besitzt. (19) Legt man diese Vermutung zugrunde, so sind die Entscheidungen in ihrem Ergebnis alle abzulehnen. Unter diesen Umständen konnten die minderjährigen Beteiligten nämlich, da sie ihre Gegenleistung noch nicht erbracht hatten, nicht gutgläubig sein. (20) Ihre Haftung richtet sich dann nach dem "eigentlichen Bereicherungsanspruch". Danach hätten sie zu dem Ersatz der Nutzungskosten für den Mietwagen verurteilt werden müssen. Die Tatsache, daß es sich um Vergnügungsfahrten gehandelt hat, befreit sie wegen ihrer Bösgläubigkeit nicht von dieser Bereicherungs-

wenn der Minderjährige das Kraftfahrzeug über die ursprünglich vorgesehene Zeit hinaus genutzt hat, da er insoweit seine Besitzrechte überschritten habe.

- (18) Hatte der Minderjährige unter diesen Umständen den Mietpreis mit Mitteln beglichen, die nicht zu seiner freien Verfügung standen (§ 110), so ist der Vertrag ohne Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter nichtig. (LG Aschaffenburg DRpfl. 1972, 134 f). War der Minderjährige infolge der Erbringung der Gegenleistung gutgläubig geworden, so muß er dennoch Ersatz für die Nutzungen leisten, da bei ihm durch die Rückgewähr der erbrachten Gegenleistung eine "wirtschaftliche Ersparnis" auftritt, vgl. oben § 6 S. 62 ff u. § 7 S. 101 ff;
- (19) Für diese Vermutung spricht vor allem auch die ab 1.1.1975 geltende Änderung des § 2 BGB, nach der die Volljährigkeit schon mit Vollendung des 18. Lebensjahres eintritt, BGBI I 1974, 1713;
- (20) vgl. oben unter § 5 Ziff. 2 S. 51 ff;

haftung. (21) Ähnliches gilt für die Entscheidung des Kammergerichts vom 9.6.1964. (22)

Auch das Kammergericht hat zwei verlobte Minderjährige, die kurz vor der Vollendung ihres 21. Lebensjahres gegen Anzahlung eines nur sehr geringen Betrags und ohne Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter Möbel gekauft hatten, hinsichtlich der von ihnen empfangenen Kaufsache als gutgläubig i.S.d. § 818 Abs. 3 behandelt. Obwohl die Möbel von den Minderjährigen genutzt wurden und außerdem in ihrer gemeinsamen Wohnung einen Wasserschaden erlitten hatten, verneinte das Gericht bei der bereicherungsrechtlichen Abwicklung dieses Vertragsverhältnisses - die Minderjährigen waren Kläger - einen von dem Beklagten zur Aufrechnung gestellten Ersatzanspruch wegen der Abnutzung der Möbel und des Wasserschadens. Diesem Ergebnis kann ebenso nicht vorbehaltlos zugestimmt werden, da auch hier zu vermuten ist, daß die Minderjährigen die Bedeutung des Austauschverhältnisses gekannt hatten. Sie konnten dann nicht gutgläubig sein und waren verpflichtet, für die Nutzung und den Wasserschaden Ersatz zu leisten. (23)

-
- (21) Batsch verneint überhaupt die Möglichkeit, daß eine einmal eingetretene Bereicherung durch Sachgebrauch wieder wegfallen kann, NJW 1969, 1743 ff; 1972, 611 ff; ders. Vermögensverschiebung, S. 97 ff; Selbst wenn man die Auffassung vertreten wollte, daß bei einer Vergnügungsfahrt generell keine Bereicherung entstehen kann, müßte man aufgrund der §§ 987 ff zu den gleichen Ergebnis kommen. M.E. entsteht aber bei einer Vergnügungsfahrt eine Bereicherung, die in der Benutzung des entsprechenden Verkehrsmittels besteht. Vgl. auch Kleinheyer JZ 1961, 473 ff (475); Gursky NJW 1969, 2183; Medicus NJW 1970, 666; vgl. auch unten die Stellungnahme zu dem "Flugreiseurteil" S. 208 ff;
- (22) KG FamRZ 1964, 518 ff;
- (23) Bei schuldhafter Verursachung wäre nicht nur der durch den Wasserschaden eingetretene Wertverlust zu ersetzen, sondern Schadensersatz zu leisten gewesen. Nur für die Beschädigungen, die durch den üblichen Gebrauch der Sache entstehen, scheidet bei einem Abzahlungskauf ein Schadensersatzanspruch aus, da der Verkäufer, der die Sache meist unter

Zutreffend ist demgegenüber im Ergebnis eine Entscheidung des Landgerichts Lüneburg vom 6.11.1969 (24), obwohl sie auch heftig kritisiert wurde. (25) Das Landgericht hat die inzwischen volljährig gewordene Beklagte verurteilt, an die Fahrschule, bei der die als Minderjährige ohne Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter den Führerschein erworben hatte, die Kosten für den theoretischen Unterricht, die Übungsfahrten, das Lehrmaterial sowie der Prüfungsfahrt zu zahlen. Es hat den Erwerb des Führerscheins, selbst wenn die mit ihm erworbenen Fähigkeiten noch nicht genutzt werden konnten, als Bereicherung angesehen, deren Umfang den Kosten entspricht, die bei Wirksamkeit des Ausbildungsvertrags aufzuwenden gewesen wären.

Angreifbar ist diese Entscheidung in ihrer Begründung nur insoweit, als das Gericht die Beklagte wegen ihrer Minderjährigkeit im Zeitpunkt der Entstehung der Kosten wie gutgläubig i.S.d. § 818 Abs. 3 behandelt und § 818 Abs. 3 nur deshalb verneint, weil die in dem Erwerb eines Führerscheins liegende Bereicherung infolge ihrer Beschaffenheit nicht wegfallen kann. Zu demselben Ergebnis gelangt man, wenn man davon ausgeht, - was auch wahrscheinlich ist -, daß die Beklagte die Bedeutung des Austauschverhältnisses erkannt hatte und deshalb bösgläubig war.

Die Beurteilung der Bös- und Gutgläubigkeit beschränkt Geschäftsfähiger war auch der Anlaß für unterschiedliche Entscheidungen in der älteren Rechtsprechung. So folgte im Ergebnis das KG in einer Entscheidung vom 28.10.1909 der hier vorgeschlagenen

Eigentumsvorbehalt zur Verfügung stellt, mit dem üblichen Gebrauch einverstanden ist. (Vgl. oben unter § 9 S. 135 ff).

(24) LG Lüneburg NJW 1970, 665 f;

(25) Medicus NJW 1970, 665 f ablehnend, weil die Entscheidung praktisch zu dem gleichen Ergebnis führt, wie wenn der Vertrag wirksam gewesen wäre.

Lösung (26), während das Reichsgericht in einem Urteil vom 1.2.1917 schlechthin einen Entmündigten wie gutgläubig i.S.d. § 818 Abs. 3 behandelt hat. (27) Zu erörtern bleibt aus der älteren Rechtsprechung noch eine Entscheidung des OLG Hamburg vom 20.6.1920 (28), die unter dem Stichwort "Spielbankfall" bekannt geworden ist. Ihr lag folgender Sachverhalt zugrunde: (29)

Der 13-jährige Sohn des Klägers (S) hatte diesem 7.850,-- Mark entwendet und war nach Hamburg gefahren, wo er gegen Zahlung von 60,-- Mark in den beklagten Esplanadia Club aufgenommen wurde. Der Sohn des Klägers hatte dann an der Kasse des Clubs nach seinen Angaben 3.500,-- Mark in Spielchips umgewechselt, die er sämtlich beim Roulette-Spiel verlor. Der Kläger hatte demgegenüber behauptet, sein Sohn habe beim Spiel 6.100,-- Mark verloren und wollte diesen Betrag von den Beklagten erstattet haben.

Während das Landgericht der Klage gegen den Club stattgegeben hatte, wurde sie auf die Berufung des Beklagten abgewiesen. Das OLG führte aus:

Eine Bereicherung des Clubs um eine Summe von 3.500,-- Mark, die der Sohn des Klägers eingewechselt habe, liege nicht vor. Zwar sei das Wechselgeschäft gemäß §§ 107, 108 nichtig, der Kläger habe also das Eigentum an den entwendeten Geldscheinen auch nach ihrer Hingabe an den Kassierer zunächst behalten. Da der Kassierer indessen die Scheine in die Kasse vereinnahmt habe, deren Bestände durch Ein- und Auszahlungen ständig wechselten, seien sie mit einer nicht bestimmten abgrenzbaren Menge fremder Scheine vermischt worden; ein verhältnismäßiger Anteil des Klägers an den Kassenbeständen jenes Abends gemäß §§ 943, 947 lasse sich also nicht feststellen. Daher sei der Kläger nicht Miteigentümer der Kasse geworden. Vielmehr sei er auf die Geldtendmachung seines Bereicherungsanspruchs gemäß § 951

(26) KG OLG 20, 249 ff; vgl. auch KG Recht 1911 Nr. 1043; RG JW 1912, 24; RGZ 85, 293 ff; Auf der gleichen Ebene liegt die Entscheidung BGHZ 55, 128 ff;

(27) RG JW 1917, 465;

(28) OLG Hamburg SeuffA. 76 S. 34 ff;

(29) vgl. auch Leser, Faktisches Synallagma, S. 153 ff; Diesselhorst, Natur der Sache, S. 198 ff;

beschränkt, dessen Voraussetzung und dessen Umfang sich nach den §§ 812 ff richteten. Hiernach liege aber eine Bereicherung des beklagten Clubs nicht vor. Da der Kassierer dem Minderjährigen Spielmarken zu dem gleichen Betrage gegeben habe, zu deren Einlösung der Club jedem Inhaber nach § 807 verpflichtet sei, sei der Club im Hinblick auf diese Wiedereinlösungspflicht von Anfang an nicht bereichert gewesen. Jedenfalls sei spätestens mit der Einlösung sämtlicher an jenem Abend ausgegebener Chips die Bereicherung entfallen. Die Zeit vor der Vermischung des Geldes dürfe man nicht von der nach Vermischung unterscheiden, zumal da nicht feststehe, ob nicht der Kassierer die Chips überhaupt erst nach der Vermischung herausgegeben habe. Für die Feststellung der Bereicherung komme es ohnedies nur auf die wirtschaftliche Einheit des Vorgangs an, nicht auf seine juristischen Elemente.

Diese Entscheidung wurde von Leser (30) und Diesselhorst (31) für unrichtig gehalten. M.E. ist sie aber zutreffend. Eine Bereicherung des Spielclubs um 3.500,-- Mark mußte verneint werden. Die Entreicherung des Spielclubs beruht nicht, wie es Leser und Diesselhorst angenommen haben, auf der Saldotheorie. Die Bereicherung ist nicht deshalb entfallen, weil der Sohn des Klägers für die eingezahlten 3.500,-- Mark Spielmarken in gleichem Wert erlangt hatte. Die Entreicherung ist vielmehr auf die Wiedereinlösungspflicht aller ausgegebenen Spielmarken durch den Club zurückzuführen. Das ganze Geld, das an einem Abend aufgrund der Ausgabe von Spielmarken in die Kasse geflossen ist, wird auch wieder ausgegeben, da die Spielchips wieder am Ende des Spiels eingelöst werden müssen und nicht mehr Geld in der Kasse sein darf, als Spielmarken im Umlauf sind. Dem Spielclub verbleibt also aufgrund des Eintausches der 3.500,-- Mark in Spielmarken nichts. Dies liegt auch in der Durchführung des Spiels begründet, denn nur zur Vereinfachung werden zum Spielen statt baren Geldes

(30) Leser, Faktisches Synallagma, S. 154 f;

(31) Diesselhorst, Natur der Sache, S. 198 ff;

Chips verwandt. Nur weil der Club selbst Mitspieler ist, kann er, abgesehen von dem Eintrittspreis, als Gewinner zusätzliche Einnahmen haben. Der den gewonnenen Spielchips entsprechende Geldbetrag verbleibt dann im Besitz des Clubs. Diese Gewinne, sollte der Spielclub an jenem Abend überhaupt welche gemacht haben, stellen aber nicht die von dem Kläger geltend gemachte Bereicherung dar. Falsch wäre die Entscheidung nur dann, wenn es dem Spielclub bekannt gewesen wäre, daß der Sohn des Klägers minderjährig war. Dann wäre er verpflichtet gewesen, dem Kläger den Wert für die an seinen Sohn ausgegebenen Spielchips zu ersetzen, da unter diesen Umständen ein Berufen auf § 818 Abs. 3 ausgeschlossen gewesen wäre. (32)

2. Das "Flugreiseurteil" - BGHZ 55, 128 ff

Durch das sog. "Flugreiseurteil" des BGH vom 7.1.1971 sind neue Akzente für die bereicherungsrechtliche Abwicklung wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit nichtiger Verträge gesetzt worden. Diesem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der fast 18-jährige Beklagte flog nach Erwerb eines entsprechenden Flugscheins von München nach Hamburg. Dort gelang es ihm mit den Transitpassagieren das Flugzeug wieder zu besteigen und an dem Weiterflug nach New York teilzunehmen, ohne daß er im Besitz eines Flugscheins für diese Strecke gewesen wäre. In New York wurde ihm die Einreise in die USA verweigert, weil er kein Visum hatte. Die Klägerin, die Fluggesellschaft, ließ sich daraufhin eine Zahlungsverpflichtungserklärung über 256,-- US Dollar unterzeichnen, stellte ihm einen Flugschein für die Rückreise aus und beförderte ihn nach München. Die Mutter des Beklagten, seine gesetzliche Vertreterin, hatte die Genehmigung der Rechts-

(32) vgl. hierzu oben unter § 7 Ziff. 1 S.101 ff die Frage der Abwicklung gegenseitiger Verträge, wenn bei beiden Partnern keine Bereicherung mehr besteht.

geschäfte, die der Beklagte mit der Klägerin geschlossen hat, verweigert.

In dem Rechtsstreit verlangt die Klägerin von dem Beklagten die Zahlung des tariflichen Flugpreises für die Strecke Hamburg - New York = 1.188,-- DM und New York - München = 1.024,-- DM (zuzüglich der Mahnkosten und Zinsen) aus Vertrag, unerlaubter Handlung, ungerechtfertigter Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Beklagte hat seine Zahlungsverpflichtungen unter allen rechtlichen Gesichtspunkten geleugnet.

Das LG Regensburg wies die Klage ab, das OLG Nürnberg gab ihr unter Abweisung der Mahnkosten und eines Teils der Zinsen statt. Die vom OLG zugelassene Revision blieb ohne Erfolg.

Der BGH hält den Anspruch der Klägerin auf Ersatz der Flugkosten für die Strecke Hamburg - New York aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 Abs. 1 S. 1, 813 Abs. 2, 819 Abs. 1) für begründet. Der Anspruch auf Ersatz der Kosten für den Rückflug New York - München wird aufgrund der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag gewährt. (33)

Der BGH geht bei dem Bereicherungsanspruch hinsichtlich der Kosten für die Flugstrecke Hamburg - New York von einer Leistungskondition aus. Die entscheidende Frage richtet sich darauf, ob der Beklagte ein kondizierbares "Etwas" erlangt hat. Der BGH bejahte dies. Er führt hierzu aus:

"... Wird ... einem Bereicherungsschuldner, der den fehlenden Rechtsgrund beim Empfang kennt, im allgemeinen versagt, sich auf den späteren Wegfall der Bereicherung zu berufen, so ist nicht einzusehen, warum

-
- (33) Einen Anspruch aufgrund einer durch "sozialtypisches Verhalten" begründeten Rechtsbeziehung lehnt der BGH ab, weil bei der Beförderung im Flugverkehr keine dem modernen Massenverkehr entsprechenden Verhältnisse bestehen (BGHZ 21, 319 ff, 332; 23, 171 ff, 177; BGH LM Nr. 7 u. 11 zu Vorbem. zu § 145;). Der Grund: Es wird im Gegensatz zu anderen Verkehrsmitteln eine Passagierliste geführt. Auch wird ein Anspruch aus § 823 abgelehnt, weil die Maschine nicht ausgebucht war und es deshalb an einem Schaden gefehlt hat.

es ihm gestattet sein soll, unter den gleichen Voraussetzungen die Entstehung einer Bereicherung schon zu leugnen Kennt der Bereicherungsschuldner den Mangel des rechtlichen Grundes, so kann es keinen Unterschied machen, ob er das zunächst Empfangene seinem Vermögen erst einverleibt und später wieder ausgibt, oder ob das Empfangene selbst schon den außergewöhnlichen Aufwand befriedigt Mit Recht hebt v. Caemmerer (.....) hervor, daß sich der normale Anspruchsinhalt im Bereicherungsrecht aus den §§ 818 Abs. 1, 2 und 4, 819, 820 BGB ergibt und daß die ausnahmsweise Beschränkung auf den gleitenden Betrag der noch vorhandenen Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB nur den gutgläubigen Empfänger begünstigen soll. Dasselbe hat schon für die Entstehung einer Bereicherung zu gelten, wenn, wie dargelegt, kein Grund besteht, Wegfall und Entstehung der Bereicherung verschieden zu behandeln. In einem solchen Falle muß sich der bösgläubige Empfänger so behandeln lassen, als ob er etwas erspart und sein Vermögen dadurch vermehrt hätte "

Der BGH wendet also § 819 Abs. 1 analog auf die Frage an, ob ein erlangtes "Etwas" überhaupt nach § 818 Abs. 2 bewertungsfähig ist. Im übrigen beurteilt er die für § 819 Abs. 1 erhebliche Kenntnis nach § 828 Abs. 2 und kommt dann zu dem Ergebnis, daß der Beklagte bösgläubig war. Die Anwendbarkeit des § 828 Abs. 2 auf die Beurteilung der Bösgläubigkeit i.S.d. § 819 Abs. 1 wird aber beschränkt auf die Fälle, in denen sich der Minderjährige das Erlangte durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung verschafft hat.

Diese Entscheidung hat insbesondere wegen der Begründung der Bereicherung und der Berücksichtigung des § 828 Abs. 2 bei der Frage der Bös- und Gutgläubigkeit im Rahmen einer Leistungskondition ein unterschiedliches Echo gefunden. (34)

(34) Im wesentlichen zustimmend: Kellmann NJW 1971, 862 ff; Pinger MDR 1972, 101 ff, 187 ff; Knütel JR 1971, 293 ff; Batsch NJW 1972, 611 ff; Teichmann JuS 1972, 247 ff, jeweils m.w.N.; Rietschel LM Nr. 3 zu § 819; Kritisch bis ablehnend: Lieb NJW 1971, 1289 ff; Canaris JZ 1971, 560 ff; Medicus FamRZ 1971, 247 ff; Metzler MDR 1971, 633; Roth, Festschrift Küchenhoff, S. 371 ff; Wilhelm, Rechtsverletzung, S. 180 ff; Beitzke AcP 172 (1972), 240 ff (253 ff);

Ihr ist im wesentlichen aber zuzustimmen. In den zwei entscheidenden Gedanken zu dem Komplex der Bereicherungshaftung stützt sie den hier vorgeschlagenen Lösungsweg. Inhalt des Bereicherungsanspruchs ist das Erlangte, während die Grenze des Anspruchs die Bereicherung ist. (35) Kann das Erlangte, sei es auch aus der Sicht des Empfängers eine nutzlose Beförderung von Hamburg nach New York oder eine Vergnügungsfahrt mit einem PKW, nicht herausgegeben werden, so geht das Gesetz in der nächsten Stufe, aber immer noch im Rahmen des Anspruchsinhalts auf die Pflicht zum Wertersatz des Erlangten über. Erst danach ist zu fragen, ob sich der Schuldner darauf berufen kann, er sei nicht mehr bereichert. (36) Es ist also durchaus zutreffend, wenn der BGH den Inhalt des Bereicherungsanspruchs nicht sogleich unter dem Gesichtspunkt des § 818 Abs. 3 und ohne Rücksicht darauf, ob das Erlangte für den Beklagten einen bleibenden Wert gehabt hat, beurteilte. (37) Auf die Frage, ob das Erlangte einen wirtschaftlichen Wert für das Vermögen des Empfängers gehabt hat, wie es gerade bei Vergnügungsfahrten und sonstigen nicht herausgebbaren Dienstleistungen häufig vertreten wird (38), kann es bei der Beurteilung, ob ein Bereicherungsanspruch entstanden ist oder nicht, nicht ankommen. Der Wert des Erlangten und damit der Anspruchsinhalt muß vielmehr objektiv bestimmt werden. Im Falle der für

-
- (35) vgl. oben unter § 4 Ziff. 1 S. 40 ff; und § 8 Ziff. 2, S. 114 ff;
- (36) vgl. oben unter § 8 Ziff. 2, S. 114 ff; insoweit auch Canaris JZ 1971, 560 ff; Teichmann JuS 1972, 247 ff; im Ergebnis auch: Batsch NJW 1972, 611 ff; Pinger MDR 1972, 101 ff u. 187 ff; a.A. insbesondere Lieb NJW 1971, 1289 ff; Kellmann NJW 1971, 862 ff;
- (37) Wenn Metzler (MDR 1971, 633 ff) u.a. kritisiert, daß die Entscheidung des BGH praktisch zu einem Schadensersatzanspruch ohne Schaden führt, so ist dies unzutreffend. Nicht ein Schadensersatzanspruch, sondern ein **W e r t e r s a t z a n s p r u c h** steht in Frage. Bei letzterem kommt es auf einen Schaden nicht an.
- (38) Vgl. hierzu insbesondere Batsch NJW 1969, 1743 ff; Gursky NJW 1969, 2183 ff jeweils m.w.N.;

den Empfänger nutzlosen Flugreise oder Vergnügungsfahrt bedeutet das, daß das Erlangte der objektive Wert des in Anspruch genommenen Flugs bzw. des zu Vergnügungszwecken genutzten Verkehrsmittels ist. Wollte man von vornherein auf den subjektiven Wertzuwachs des Vermögens durch die von dem Empfänger in Anspruch genommene Leistung, der im allgemeinen mit dem Begriff der "Ersparnis" umschrieben wird, abstellen, so müßte man konsequenterweise auch bei einer an sich herausgebbaren Leistung, sofern sie Eigentum des Empfängers geworden ist, den Umfang des Bereicherungsanspruchs danach bemessen, welchen subjektiven Wert sie für den Empfänger gehabt hat. Das hieße aber, auch der Käufer eines für ihn völlig wertlosen Gegenstandes wäre, wenn der Kaufvertrag nichtig war, nicht der Bereicherungshaftung unterworfen, da die empfangene Sache für ihn keinen Wert gehabt hatte und er deshalb nicht bereichert ist! Daß ein derartiges Vorgehen aber falsch wäre, wird von niemandem bestritten.

Verfolgt man den Gedanken des BGH über die Bestimmung des Anspruchsinhalts aus § 812 Abs. 1 S. 1, § 818 Abs. 2 weiter, so führt er zu Ergebnissen, die Teil des hier vorgeschlagenen Lösungswegs sind, nämlich zu einer Wertersatzhaftung des Bösgläubigen bei zufälligem Untergang des empfangenen Gegenstandes. Die konsequente Behandlung des § 818 Abs. 3 als Ausnahmebestimmung für den Gutgläubigen und die von dem BGH festgelegten Schritte zur Bestimmung des Anspruchsinhalts (1. Feststellung des Erlangten, 2. Feststellung des Wertersatzes bei Unmöglichkeit der Herausgabe, § 818 Abs. 2; 3. Begrenzung des Anspruchs bei Gutgläubigkeit auf die noch vorhandene Bereicherung) zwingen dazu, daß der Bösgläubige auch bei nicht verschuldetem Untergang der empfangenen Leistung einem Wertersatzanspruch gemäß § 818 Abs. 2 unterliegt, da es an der Möglichkeit

fehlt, den Anspruch auf die noch vorhandene Bereicherung zu beschränken. (39)

Daß sich der BGH dafür entschieden hat, auch bei einer Leistungskondiktion die Bös- bzw. Gutgläubigkeit eines Minderjährigen unter Anwendung des Rechtsgedankens aus § 828 Abs. 2 zu beurteilen, ist begrüßenswert. Auch wenn der BGH diese Möglichkeit bisher nur auf die Fälle beschränkt hat, in denen die empfangene Leistung durch eine unerlaubte Handlung erlangt wurde, so wird durch seine Entscheidung doch wenigstens klar, daß die Bös- bzw. Gutgläubigkeit von dem individuellen Bewußtsein des einzelnen abhängig ist, das durch die bewußtseinsmäßige Erfassung der Ereignisse bzw. Umstände der Umwelt geprägt wird und keinen rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Charakter hat, der eine analoge Anwendung der §§ 107 ff notwendig machen würde. Die sich aus der Entscheidung ergebende Beschränkung der Anwendbarkeit des § 828 Abs. 2 bei Bestimmung der Bös- bzw. Gutgläubigkeit eines Minderjährigen auf die Fälle, in denen die Leistung durch eine unerlaubte Handlung erlangt wurde, ist keine dogmatisch bedingte Grenze. Sie ist vielmehr nur das Ergebnis des entschiedenen konkreten Falls, denn um in dem "Flugreisefall" zu einer Entscheidung gelangen zu können, war es nicht notwendig, sich auch damit auseinanderzusetzen, ob § 828 Abs. 2 im Rahmen des § 819 Abs. 1 anwendbar ist, wenn die Leistung nicht durch eine unerlaubte Handlung erlangt wurde.

Schließlich ist es nicht fehlerhaft, wenn sich der BGH bei seinen Überlegungen nur von dem Rechtsgedanken des § 828 Abs. 2, nicht aber auch von dem des § 3 S. 1

(39) vgl. oben unter § 8 Ziff. 2, S. 114 ff;

JGG leiten ließ. (40) Die Bös- bzw. Gutgläubigkeit ist ein Teil des Bewußtseins des Minderjährigen und unabhängig von jeglichem schuldhaften Verhalten. Es kann daher auch nicht darauf ankommen, ob ein Minderjähriger "reif genug war, nach seiner Erkenntnis zu handeln" (entsprechend § 3 S. 1 JGG). Dieser Gedanke wird erst bei der Frage entscheidend sein, ob infolge der Bösgläubigkeit eine Verpflichtung zum Wertersatz oder aber zum Schadensersatz besteht.

VI.

Die bereicherungsrechtliche Abwicklung bei sonstigen Nichtigkeitsgründen

Die entwickelten Grundsätze über den Bereicherungsausgleich sind ihrem Grunde nach immer anwendbar, gleichgültig aus welchen Gründen das Vertragsverhältnis nichtig ist, da erst die Nichtigkeit die bereicherungsrechtliche Haftung auslöst. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß jeder Nichtigkeitsgrund im Rahmen des Bereicherungsrechts ganz ohne Einfluß auf den Umfang der Haftung ist. Er kann nur generell und für sich allein noch keine Aussage hierüber machen.

Nur unter zwei Voraussetzungen kann sich der Nichtigkeitsgrund auf die Bereicherungshaftung auswirken. Zum einen besteht hierzu die Möglichkeit, wenn durch ihn die für den Umfang der bereicherungsrechtlichen Haftung entscheidenden, in der Person des Bereicherungsschuldners liegenden Beziehungen zu der Sache beeinflußt werden. Dies ist schon bei den Erörterungen über die bereicherungsrechtliche Abwicklung der wegen Ge-

(40) Medicus FamRZ 1971, 250 ff;

schäftsunfähigkeit oder beschränkt Geschäftsfähigkeit nichtigen Verträge deutlich geworden. (1) Zum anderen erlangt er noch Bedeutung, sofern durch ihn zugleich bei beiden oder einer der beiden Vertragsparteien die Rechtsfolgen aus §§ 814, 817 begründet werden.

Bei Vertragsnichtigkeit wegen der §§ 134, 138 spielt z.B. die tatbestandliche Verwirklichung der §§ 134, 138 keine Rolle für die Frage, ob bei dem Vertragspartner, der weder die Gesetzes- noch die Sittenwidrigkeit der schuldrechtlichen Vereinbarung kennt, das Vertrauen auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung erst durch die Weggabe der versprochenen Leistung eintritt oder nicht. Bei ihm kann daher ohne weiteres eine ungerechtfertigte "wirtschaftliche Ersparnis" entstehen, wenn er die weggegebene Leistung zurückerhält und bzgl. der empfangenen Leistung die Rechte aus § 818 Abs. 3 geltend machen kann, weil er diese Rechte erst mit der Weggabe der ihm jetzt zurückzugewährenden Leistung erlangt hat. (2) Durch die §§ 134, 138 wird auch keineswegs gefordert, die dargelegten Grundsätze über die bereicherungsrechtliche Abwicklung aufzugeben. Die bereicherungsrechtlichen Grundsätze beruhen nämlich, anders als es bei der Saldotheorie der Fall ist, nicht auf Billigkeitserwägungen, die sich auf ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis gründen. (3) Schließlich führt der vorgeschlagene Lösungsweg auch nicht dazu, daß derjenige, der die Gesetzes- bzw. Sittenwidrigkeit kennt, im Ergebnis genauso behandelt wird, wie der-

-
- (1) vgl. oben unter Abschnitt V. S. 166 ff;
 - (2) vgl. oben unter § 6 S. 62 ff;
 - (3) vgl. oben unter § 1 S. 5 ff;

jenige, der diese Kenntnis nicht besitzt. (4) Der gesetzes- bzw. sittenwidrige Handelnde haftet von vornherein nach den Grundsätzen über die "eigentliche Bereicherungshaftung" (§§ 812, 818 Abs. 1, 2 und 4, 819 ff). (5) Im übrigen kann sein Bereicherungsanspruch insbesondere durch § 817 S. 2 ausgeschlossen sein. (6) Ist dies der Fall, so wird hierdurch entscheidend der Umfang der Bereicherungshaftung des Vertragspartners, der die zum Eingreifen der §§ 134, 138 führenden Umstände nicht kannte, bestimmt. Dieser kann seine weggegebene Leistung zurückfordern, ohne die empfangene Leistung herausgeben zu müssen. Ist die empfangene bei ihm im Zeitpunkt der Gutgläubigkeit untergegangen, so

-
- (4) Eine differenzierte Behandlung wird nicht nur von den Vertretern der Saldotheorie gefordert, sondern auch von denjenigen, die versucht haben, diese weiterzuentwickeln. Vgl. für die Saldotheorie oben unter § 1 S. 5 ff m.w.N.; außerdem Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 173 f, Leser, Faktisches Synallagma, S. 77 ff, 112 ff (hinsichtlich § 138); Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 60 ff (unterschiedliche Behandlung je nach Zweck der Verbotsnorm); Im Ergebnis wird dies auch von Diesselhorst, Natur der Sache, S. 51 ff und Flessner, Wegfall, S. 108 ff vertreten. Das ergibt sich schon aus der Konzeption ihrer Lösungswege.
- (5) Er kann nur in ganz seltenen Fällen gutgläubig sein, z.B. dann, wenn ihm die Verbotsnorm unbekannt war. Zur Haftung eines Bösgläubigen, vgl. oben unter § 8 S. 109 ff;
- (6) Vgl. zur Problematik des § 817 Rost, Probleme, insbesondere S. 41 ff m.w.N.; Von § 817 wird aber nicht auch der Anspruch aus § 985 ff erfaßt. Vgl. hierzu Enneccerus-Lehmann, SchR. § 226, 2 d, S. 915 m.w.N.; Erman-Seiler § 817 Anm. 3 a; BGB-RGRK-Heimann-Trosien § 817 Anm. 13; Oertmann, BGB-Komm. § 817 Anm. 6 c; Planck-Landois § 817 Anm. 4; Palandt-Thomas § 817 Anm. 3 e; Hammes JR 1950, 11 ff; RGZ 70, 1 ff; 85, 293 ff (294); RG LZ 1923, 565 ff; 1924, 329 ff; RG WarnRspr. 1931 Nr. 100; BGH LM Nr. 1 zu § 817; a.A. unter anderen Baur, SachR. § 5 IV 3 a, S. 43; Esser, SchR. § 103 IV, S. 362; Medicus, BGB, § 27 III, S. 303; Raiser JZ 1951, 718 ff; Larenz, SchR. Bd. 2 § 69 III, S. 427; vgl. außerdem oben unter § 8 S. 134 Note 50;

entsteht mit der Rückgewähr der weggegebenen Leistung auch keine herauszugebende "wirtschaftliche Ersparnis", da er von der Rückleistungspflicht schon aufgrund des § 817 S. 2 befreit ist, also die Rechte aus § 818 Abs. 3 nicht mehr in Anspruch genommen zu werden brauchen. (7)

Auch bei Vertragsnichtigkeit wegen arglistiger Täuschung richtet sich die bereicherungsrechtliche Abwicklung nach dem vorgeschlagenen Lösungsweg. Danach unterliegt der arglistig Handelnde von vornherein der strengen "eigentlichen Bereicherungshaftung", da er in aller Regel nicht gutgläubig sein kann. Der getäuschte Vertragspartner kann unter den oben dargelegten Voraussetzungen das Vertrauen auf die Endgültigkeit der von ihm empfangenen Leistung erlangen. Zu berücksichtigen ist hierbei dann, ob sich der durch die Täuschung veranlaßte Irrtum gerade auf die Umstände bezogen hat, die für die Entstehung des guten Glaubens i.S.d. § 818 Abs. 3 von Bedeutung sind, und deswegen möglicherweise eine vom Regelfall abweichende Beurteilung notwendig ist. Dem Grunde nach ist es daher auch möglich, daß bei dem Getäuschten infolge der Zurückerlangung der weggegebenen Leistung unter den Voraussetzungen des § 818 Abs. 3 eine herauszugebende "wirtschaftliche Ersparnis" entsteht. (8) Dennoch ist sichergestellt, daß sich ein durch die Täuschung verursachtes Mißverhältnis zwischen dem Wert der empfangenen und der weggegebenen Leistung nicht zu Lasten des Getäuschten auswirkt. Die bei Rückabwicklung des Vertrags möglicherweise auftretende "wirtschaftliche Ersparnis" des Getäuschten ist nämlich nur in Höhe des objektiven Werts der empfangenen Leistung ungerechtfertigt und

(7) vgl. auch § 8 Ziff. 3 d, S. 131 ff;
(8) vgl. oben unter § 6 S. 62 ff;

nur in dieser Höhe zu ersetzen. (9) Der Täuschende hingegen hat, auch wenn die an ihn erbrachte Leistung untergegangen ist, wegen seiner Bösgläubigkeit in jedem Fall ihren vollen Wert zu erstatten.

Im Einzelfall kann auch bei einem wegen arglistiger Täuschung angefochtenen Vertrag der Bereicherungsanspruch des Täuschenden von vornherein verwirkt sein (§ 814). Für die bereicherungsrechtliche Haftung des anderen Vertragspartners gilt dann das gleiche, wie in dem schon erörterten Fall, in dem der Bereicherungsanspruch eines Vertragspartners infolge des § 817 S. 2 ausgeschlossen war. (10) Eine Verwirkung des Bereicherungsanspruchs aufgrund des § 814 wird aber zu den Ausnahmen gehören.

Dafür, daß eine Verwirkung aufgrund des § 814 im Regelfall eintritt, spräche zwar folgender Gedanke: In fast allen Fällen wird der arglistig Handelnde die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts kennen. Nach erfolgter Anfechtung ist er daher demjenigen gleichzustellen, der die Nichtigkeit des Vertrags gekannt hat (§ 142 Abs. 2). Das heißt, auch bzgl. der erbrachten Leistung ist er so zu behandeln, als ob er sie in Kenntnis der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts erbracht hätte. Daher läge es nun nahe, davon auszugehen, daß auch die Voraussetzungen des § 814 als vorliegend anzunehmen sind.

Dieser Überlegung steht aber entgegen, daß nicht jeder, der in Kenntnis der Nichtigkeit des schuldrechtlichen Geschäfts leistet, schon die Voraussetzungen des § 814 erfüllt. Hinzu kommen muß vielmehr noch, daß er im Zeitpunkt der Leistung nicht doch noch mit einer ordnungsgemäßen Durchführung oder Rückabwicklung des nichtigen Vertragsverhältnisses rechnet. Es muß

(9) vgl. oben unter § 6 S. 62 ff u. § 7 Ziff. 1, S. 101 ff;

(10) vgl. oben unter Abschnitt VI, S. 218 f;

also durch die Leistung trotz Kenntnis des fehlenden Rechtsgrundes ein gewisser Verzichtswille dokumentiert werden. (11)

Die bisherigen Erwägungen sind aber nicht typisch für eine bereicherungsrechtliche Abwicklung nach Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. Sie treffen auch für die Fälle zu, in denen einer der Vertragspartner ein fremdes oder eigenes Anfechtungsrecht, gleich auf welchen Gründen es beruht, oder aber die Nichtigkeit des Vertrages kannte. Man könnte daher einwenden, daß durch die vorgeschlagene Lösung der Unwert einer arglistigen Täuschung nicht genügend berücksichtigt werde. (12) Eine weitergehende Haftung des arglistig Handelnden wegen des Unwerts der arglistigen Täuschung wird aber im Rahmen des Bereicherungsrechts nicht gefordert. In erster Linie ist nämlich das Bereicherungsrecht darauf gerichtet, die rechtsgrundlos erfolgten Vermögensverschiebungen auszugleichen.

Da der Umfang der Haftung von der Gut- bzw. Bösgläubigkeit abhängt, ist aber ein gewisser quasi-deliktsartiger Charakter des Bereicherungsrechts nicht zu verkennen.

(13) Durch ihn wird jedoch nur verlangt, daß dem arg-

-
- (11) Erman-Seiler § 814 Anm. 4; Palandt-Thomas § 814 Anm. 2 a; Soergel-Siebert-Mühl § 814 Anm. 1, 9 ff (insbesondere 13); Staudinger-Seufert § 814 Anm. 7 jeweils m.w.N.; RGZ 151, 361 ff m.Anm. v. Süß JW 1937, 1959 ff; vgl. auch RGZ 98. 237 ff (239); Anders ist es, wenn der Anfechtungsberechtigte in Kenntnis seines Anfechtungsrechts noch leistet. Hier wird man die Voraussetzungen des § 814 ohne weiteres annehmen müssen.
- (12) Vgl. für viele: Soergel-Siebert-Mühl § 818 Anm. 43; Leser, Faktisches Synallagma, S. 77 ff, 131 ff; Flume, Festschrift Niedermeyer, S. 173 f; Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 51; Diesselhorst, Natur der Sache, S. 124 ff; Flessner, Wegfall, S. 112 ff in sehr differenzierter Weise. Aus der Rechtsprechung die neuesten Entscheidungen: BGHZ 53, 144 ff; 57, 137 ff;
- (13) Mugdan Bd. 2, Motive, S. 469; Dort wird § 819 Abs. 1 als "civilistisches Delikt" bezeichnet.

listig Handelnden, da er nicht gutgläubig sein kann, auch die Vorteile der Gutgläubigen versagt bleiben. Dies wird durch die vorgeschlagene Lösung auch sichergestellt. Darüberhinaus kann sich die arglistige Täuschung nicht in irgendeiner Weise auch auf die Haftung des getäuschten Vertragspartners auswirken. Für diesen gelten die für die Bös- bzw. Gutgläubigkeit entwickelten Grundsätze der bereicherungsrechtlichen Haftung. Es ist kein Grund ersichtlich, ihn als Getäuschten einer anderen Haftung zu unterwerfen. (14) Dennoch bleibt der Unwert der arglistigen Täuschung nicht ohne weitere Sanktion des Gesetzes. So verlangt das Gesetz dem arglistig Handelnden den Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens (§ 123) und gewährt dem Getäuschten eine längere Anfechtungsfrist (§ 124).

Allerdings hat der BGH erst vor kurzem in einer Entscheidung vom 8.1.1970 und einer weiteren vom 14.10.1971 erneut seine Auffassung bekräftigt, daß nach einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung die bereicherungsrechtliche Abwicklung nicht mehr nach der Saldotheorie, sondern ausschließlich nur noch nach der Zweikonditionenlehre erfolgen könne. (15)

In den beiden entschiedenen Fällen waren die Käufer von Gebrauchtfahrzeugen arglistig getäuscht worden, in dem einen Fall über den Kilometerstand, in dem anderen darüber, daß der Wagen bereits einen Unfall hinter sich hatte. Im ersten Fall wurde der gekaufte Wagen im Straßenverkehr ohne Verschulden des Käufers beschädigt, im zweiten verursachte der Käufer durch alleiniges Verschulden einen Totalschaden. Nach dem

(14) ähnlich Honsell MDR 1970, 717 ff; NJW 1973, 350 ff;

(15) BGHZ 53, 144 ff; 57, 137 ff;

Unfall stellten die Käufer jeweils fest, daß sie beim Kauf getäuscht worden waren. Sie fochten den Vertrag an und verlangten ihr Geld gegen Rückgabe des beschädigten bzw. völlig zerstörten Fahrzeugs zurück.

Der BGH hat nun in beiden Fällen dem Käufer den Anspruch auf Rückzahlung grundsätzlich zugebilligt. Sofern der Käufer allerdings die Beschädigung oder Zerstörung verschuldet hat, soll der Rückzahlungsanspruch aber unter dem Vorbehalt stehen, daß zwischen der Täuschungshandlung des Verkäufers und dem Verschulden des Käufers eine Abwägung nach § 242 vorgenommen wird. Diese kann zu einer Minderung eventuell auch zu einem gänzlichen Ausschluß des Anspruchs führen. (16)

Trotz zahlreicher positiver Stimmen in der Literatur sind aber beide Entscheidungen in ihrer Begründung abzulehnen, im Ergebnis jedoch nur die vom 8.1.1970. (17)

Einer der wesentlichsten Punkte der Auseinandersetzung war die Frage, inwieweit die Gefahrverteilung den §§ 350 ff entsprechen muß. Zur Bedeutung der §§ 350 ff als allgemeinverbindliche Regeln über die Gefahrverteilung wurde oben schon Stellung genommen. (18) Die Entscheidung vom 8.1.1970 (19) hat der BGH u.a. auch

(16) so BGHZ 57, 137 ff (152); Ohne § 254 direkt anzuwenden, führt der BGH somit auf dem Umweg über § 242 die für § 254 geltenden Abwägungskriterien in den Bereicherungsausgleich ein.

(17) Im Ergebnis zustimmend: Diesselhorst JZ 1970, 416 ff; Weitnauer NJW 1970, 637 ff; Rietschel LM Nr. 15 zu § 818 Abs. 3; Flessner NJW 1972, 1777 ff; Kühne JR 1972, 112 ff; Herr NJW 1972, 250 ff; Rietschel LM Nr. 3 zu § 819; kritisch bis ablehnend: Huber JuS 1972, 439 ff; Flume NJW 1970, 1161 ff; Honsell MDR 1970, 717 ff; ders. NJW 1973, 350 ff; Lieb JZ 1972, 422 ff; v. Caemmerer, Festschrift Larenz, S. 621 ff (637 ff); Die Beiträge beziehen sich zum Teil jedoch nur auf eine der beiden Entscheidungen.

(18) Vgl. oben unter § 6 Ziff. 4 cc, S. 81 ff;

(19) BGHZ 53, 144 ff (147 ff);

mit der Notwendigkeit einer § 350 entsprechenden Gefahrverteilung gerechtfertigt, da die Billigkeitsgründe, die zur Anwendbarkeit der Saldotheorie und damit zu einer von § 350 abweichenden Gefahrverteilung führen, bei einer arglistigen Täuschung nicht vorliegen. Demgegenüber stützt er die Entscheidung vom 14.10.1971 (20), soweit sie sich mit der Gefahrverteilung für verschuldeten Untergang befaßt, letztlich auf die Abwägung zwischen Täuschungshandlung des Verkäufers und Verschulden des Käufers am Untergang der empfangenen Sache auf der Grundlage des § 242, obwohl er das gleiche Ergebnis - in Fortentwicklung der Gedanken aus der Entscheidung vom 8.1.1970 - auch unter Berücksichtigung der §§ 350 ff hätte erzielen können. (21) Diese Entscheidung erscheint bemerkenswert. Zwar wird insbesondere von denjenigen, die in den §§ 350 ff eine allgemeingültige Gefahrverteilungsregelung sehen, angenommen, der BGH habe bei seiner Entscheidung vom 14.10.1971 nur deshalb zur Begründung eine Abwägung gemäß § 242 herangezogen, weil ihm eine Lösung über §§ 350 ff wohl zu wenig flexibel gewesen sei. (22) M.E. liegen die Gründe aber tiefer, wenn der BGH anstatt zur Regelung der §§ 350 ff zu der Generalklausel des § 242 greift, um die von ihm im Grundsatz befürworteten Ergebnisse der Zweikonditionenlehre nach Anfechtung wegen arglistiger Täuschung im Einzelfall wieder korrigieren zu können. Gerade, daß der BGH auch noch nicht einmal hilfsweise auf §§ 350 ff hingewiesen hat, zeigt doch, daß er sich nicht sicher ist, ob die §§ 350 ff wirklich eine allgemeingültige Gefahrverteilungsregelung enthalten.

(20) BGHZ 57, 137 ff (152 f);

(21) vgl. hierzu Flessner NJW 1972, 1777 ff (1781);
Herr JR 1972, 112 ff; Lieb JZ 1972, 438 ff (444);

(22) vgl. oben Note 21;

Daß der BGH bei der Beurteilung der bereicherungsrechtlichen Abwicklung in der zuletzt genannten Entscheidung von der auf den "eigentlichen Bereicherungsanspruch" zurückgeführten Bereicherungshaftung des arglistig Handelnden (§§ 812, 818 Abs. 1, 2 u. 4, 819 ff), da dieser nicht gutgläubig sein konnte, ausgeht, ist zu begrüßen. (23) Doch hat der BGH in beiden Entscheidungen wohl übersehen, daß infolge der arglistigen Täuschung, - wie oben schon erwähnt (24), - nur die Rechtsstellung des Täuschenden berührt wird, nicht aber die des anderen Vertragspartners. Dies bejaht nämlich der BGH letztlich, wenn er dem gutgläubigen Getäuschten das Recht zubilligt, sich bezüglich der empfangenen Leistung aus § 818 Abs. 3 berufen zu können, ohne daß die Gegenleistung in irgendeiner Form berücksichtigt wird, andererseits die Berücksichtigung der Gegenleistung im Normalfall als einzig möglichen Weg für zutreffend erachtet. (25) Denn dadurch führt die arglistige Täuschung nicht nur zu einer "Verschärfung" der Haftung des Täuschenden, d.h. dem Ausschluß der Rechte aus § 818 Abs. 3 bzgl. der seinerseits empfangenen Leistung, sondern zugleich zu einer weiteren Haftungserleichterung des gutgläubigen Getäuschten, da dieser sich, ohne daß die Gegenleistung, wie im Normalfall, berücksichtigt wird, bzgl. der von ihm empfangenen Leistung auf § 818 Abs. 3 berufen kann. Diese zusätzliche Begünstigung des getäuschten gutgläubigen Bereicherungsschuldners wird weder durch den Schutzbereich der verletzten Norm (z.B. § 263 StGB) bzw. der Erfüllung des Tatbestandes einer arglistigen Täuschung, noch durch die dem Bereicherungsrecht zu-

(23) Diese Entwicklung ist im wesentlichen wohl beeinflusst durch die grundsätzlichen Ausführungen des BGH über die Stellung des § 818 Abs. 3 im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Vorschriften und dessen Bedeutung für den Umfang der Bereicherungshaftung in BGHZ 55, 128 ff (135 ff) - "Flugreiseurteil" -;

(24) vgl. oben unter Abschnitt VI, S. 219/220;

(25) vgl. oben unter I (Einleitung) S. 3 Note 7;

grunde liegenden Idee gerechtfertigt. Sie ist vielmehr ein Produkt, das sich aus dem stetigen Rivalitätsdenken zwischen der Saldotheorie und der Zweikonditionenlehre ergibt, denn, wie v. Caemmerer dargestellt hat (26), ist die Unanwendbarkeit der Saldotheorie nach Anfechtung eines Vertrags wegen arglistiger Täuschung noch nicht einmal eine notwendige, sich aus der Begründung der Saldotheorie ergebende Konsequenz. Selbst, wenn man der Saldotheorie folgen wollte, wären daher die Entscheidungen abzulehnen.

Nach der hier vertretenen Auffassung über den Bereicherungsausgleich hätte in beiden Fällen der getäuschte Käufer die Rückzahlung des Kaufpreises nur gegen Ersatz des objektiven Werts der beim Kauf noch unbeschädigten Fahrzeuge verlangen können. (27) Im zweiten Fall ist dies vom BGH auch angenommen worden, doch führt die vorgeschlagene Lösung auf einem einfacheren Weg zu diesem Ergebnis und erspart die zwar auf § 242 gestützte, letztlich aber doch auf § 254 beruhende Abwägung, die dem Bereicherungsrecht fremde Berücksichtigung eines Mitverschuldens. (28)

VII

Der vorgeschlagene Lösungsweg im Verhältnis zu anderen Lösungswegen

Die vorgeschlagene Lösung ist eine Konsequenz aus der Erkenntnis, daß § 313 Abs. 3 eine Ausnahmenvorschrift für den auf die Endgültigkeit der empfangenen Lei-

(26) v. Caemmerer, Festschrift Larenz, S. 612 ff (34 ff);

(27) Sollte der objektive Wert der Fahrzeuge jedoch höher als der Kaufpreis gewesen sein, so wäre der Ersatzanspruch auf die Höhe des Kaufpreises beschränkt, vgl. oben unter § 7, S. 101 ff;

(28) Der BGH stellt selbst fest, daß § 254 im Rahmen des Bereicherungsrechts nicht anwendbar ist. BGHZ 57, 137 ff (151 f m.w.N.); vgl. auch Herr NJW 1972, 250 f; Lieb JZ 1972, 437 ff (444); Huber JuS 1972, 439 ff (442 ff);

stung Vertrauenden zum Inhalt hat. Die Abhängigkeit dieses Vertrauens von der tatsächlichen Bewußtseinslage des einzelnen, sowie das Verhältnis der Rechte aus § 818 Abs. 3 bzgl. der empfangenen zu dem Herausgabeanspruch bzgl. der weggegebenen Leistung, der bei einem gegenseitigen Vertrag nach Leistungsaustausch dem aus § 818 Abs. 3 Berechtigten gleichzeitig zusteht, sind die weiteren wesentlichen Gesichtspunkte, durch die der Lösungsweg getragen wird. (1)

Der Lösungsweg führt zu Ergebnissen, die im Regelfall mit denen der Saldotheorie übereinstimmen. Denn auch nach diesem Vorschlag bleibt dem Gutgläubigen, dessen empfangene Leistung nach vollzogenem Leistungsaustausch untergegangen ist, nach Abschluß der bereicherungsrechtlichen Abwicklung nur der Mehrwert der von ihm erbrachten Leistung. Auch besteht nach Leistungsaustausch - wenigstens im Regelfall - nur hinsichtlich des bei Vertragsgültigkeit erzielten Überschusses in vollem Umfang die "milde Bereicherungshaftung" (2), da dann, wenn die empfangene, aber im Zeitpunkt der Gutgläubigkeit untergegangene Leistung mehr wert war als die weggegebene, die durch die Rückerlangung der weggegebene Leistung eintretende und herauszugebende "wirtschaftliche Ersparnis" deren Wert nicht übersteigen kann. (3) Im Gegensatz zu der Saldotheorie werden aber hier die Leistungen nicht von vornherein miteinander verrechnet, sondern zurückgetauscht, wobei jedem der Vertragspartner entweder ein Zurückbehaltungsrecht oder bei gleichartigen Leistungen die Aufrechnungsbefugnis zusteht. Anders als die Saldotheorie ermöglicht die hier vertretene Auffassung eine angemessene, von dem Vertrauen auf die Endgültigkeit der

(1) vgl. oben unter § 4 S. 40 ff; § 5 S. 50 ff;
§ 6 S. 62 ff;

(2) vgl. oben unter § 6 S. 62 ff u. § 7 S. 101 ff;

(3) vgl. oben unter § 7 S. 101 ff;

empfangenen Leistung abhängige Haftung des Bereicherungsschuldners, der eine Vorleistung empfangen hat (4) oder aber minderjährig bzw. geisteskrank war. (5) Ferner kann die Bereicherungshaftung des jeweiligen Vertragspartners auch gegenüber einem von diesem erhobenen dinglichen Anspruch geltend gemacht werden. Damit ist das schwierige und in vielen Fällen ungelöste Problem der Einbeziehung dinglicher Ansprüche in den Zusammenhang der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung einer Lösung näher gebracht. (6)

Der vorgeschlagene Lösungsweg führt im wesentlichen auch zu einer § 323 entsprechenden Gefahrverteilung. Abweichungen hiervon gehören zu den Ausnahmen. Der Grund hierfür liegt jedoch nicht in einer rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Bindung, auf die § 323 direkt oder analog angewendet wird. (7) Die Gefahrverteilung ergibt sich vielmehr aus dem Zweck und dem System der bereicherungsrechtlichen Vorschriften, sowie der Abhängigkeit der Entstehung des guten Glaubens i.S.d. § 818 Abs. 3 von dem durch die Umweltereignisse geprägten Bewußtseins. In der von jeglicher rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Bindungen unabhängigen Begründung einer § 323 entsprechenden Gefahrverteilung besteht auch der wesentliche Unterschied zu den Auffassungen von Flume, Leser und Pawlowski. (8) Dennoch waren die Ausgangspunkte ihrer Lösungswege für den hier vorge-

-
- (4) vgl. oben unter § 11 S. 137 ff;
 - (5) vgl. oben unter Abschnitt V, S. 166 ff;
 - (6) vgl. oben unter § 12 S. 153 ff;
 - (7) vgl. oben unter § 6 S. 50 ff; Abschnitt V, S. 166 ff;
 - (8) vgl. Flume, oben unter § 2 Ziff. 3, S. 19 ff; Leser, oben unter § 2 Ziff. 4, S. 22 ff; Pawlowski, oben unter § 2 Ziff. 5, S. 25 ff;

schlagenen entscheidend. So haben z.B. schon Flume und Pawlowski den Schlüssel für die Bestimmung des Umfangs der Bereicherungshaftung ausschließlich in der Person des Bereicherungsschuldners, einer von dessen Willen abhängigen Bindung zu der empfangenen Sache gesucht. (9) Die hier dargelegte Abhängigkeit der Entstehung des guten Glaubens i.S.d. § 818 Abs. 3 von dem durch die Umweltereignisse, zu denen auch der tatsächliche Vertragsschluß gehört, geprägten Bewußtsein eines jeden Vertragspartners ist die Fortentwicklung dieses Gedankens auf einer Ebene, die außerhalb des Bereichs rechtsgeschäftlicher oder rechtsgeschäftsähnlicher Bindungen liegt. (10) Dasselbe gilt für die der Arbeit von Leser zugrunde liegende Idee, daß der tatsächlich vollzogene Leistungsaustausch eine gewisse Bedeutung im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Abwicklung haben muß. (11) Der faktisch vollzogene Leistungsaustausch führt jedoch anders als bei dem Vorschlag von Leser nicht zu einer rechtsgeschäftlichen Bindung, dem faktischen Synallagma. Er spielt vielmehr nur eine Rolle für die Entstehung des guten Glaubens i.S.d. § 818 Abs. 3, dem Vertrauen auf die Endgültigkeit der empfangenen Leistung, wenn derjenige, der sich auf seine Gutgläubigkeit berufen will, die Gegenseitigkeit des beabsichtigten, aber gescheiterten Vertragsverhältnisses bewußtseinsmäßig erfaßt hatte bzw. erfassen konnte.

Wegen seiner Unabhängigkeit von rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Bindungen ermöglicht

(9) Flume sucht die Lösung in der vermögensmäßigen Entscheidung des einzelnen (vgl. oben unter § 2 Ziff. 3, S. 19 ff), Pawlowski dagegen in einer aufgrund der nur teilweisen Nichtigkeit der Willenserklärungen bestehen gebliebenen rechtsgeschäftlichen Restbindung zwischen beiden Parteien, (vgl. oben unter § 2 Ziff. 5 S. 25 ff);

(10) vgl. insbes. oben unter § 14 S. 185 ff;

(11) vgl. oben unter § 2 Ziff. 4, S. 22 ff;

es der vorgeschlagene Lösungsweg auch, daß die an dem gescheiterten Vertragsverhältnis beteiligten Minderjährigen oder Geisteskranken in das bereicherungsrechtliche Abwicklungsverhältnis unter Beachtung der sich aus §§ 827, 828 ergebenden Grenzen integriert werden können. Außerdem kann dadurch sichergestellt werden, daß sich andere Nichtigkeitsgründe, wie z.B. die aus §§ 123, 138 ihrem Inhalt entsprechend grundsätzlich nur auf den Umfang der Haftung desjenigen auswirken, in dessen Person sie begründet liegen. Damit wird vermieden, daß sich die Gefahrtragung des gutgläubigen Vertragspartners je nach der Art des Nichtigkeitsgrundes ändert. Zudem finden sich im Bereicherungsrecht auch keine Anhaltspunkte dafür, daß einer der Vertragspartner je nach der Art des Nichtigkeitsgrundes durch einen Wechsel in der Gefahrverteilung zusätzlich begünstigt oder aber benachteiligt wird. (12)

Gegenüber der Auffassung von Diesselhorst und Flessner hat der vorgeschlagene Lösungsweg den Vorzug, daß für die Frage, wer für die weggegebene oder empfangene Leistung die Gefahr zu tragen hat, nicht die Gesichtspunkte eines Verschuldens bzw. zurechenbaren Handelns, dem Bereicherungsrecht eigentlich fremde Kriterien, entscheidend sind. Darüberhinaus können die Lösungswege von Diesselhorst und Flessner die Problematik nicht in vollem Umfang lösen. So schlägt Diesselhorst vor, daß sich die Haftung für den zufälligen Untergang der empfangenen Leistung danach richtet, in wessen Sphäre der Nichtigkeitsgrund fällt. Ist dies nicht feststellbar, so soll sich die Zufallshaftung des Empfängers aus dem durch den tatsächlichen Austausch der Leistungen verwirklichten do-ut-des-Verhältnis

(12) vgl. oben unter Abschnitt VI, S. 216 ff;

ergeben. (13) Diese Haftung beinhaltet, obwohl sich Diesselhorst dagegen verwahrt, nichts anderes als eine Bindung an das faktische Synallagma, wie es von Leser (14) beschrieben wurde. Insoweit bleiben auch alle die mit der Bindung an das faktische Synallagma verbundenen Probleme bei der bereicherungsrechtlichen Abwicklung bestehen, ohne daß sie einer Lösung näher gebracht wären.

Nicht viel anderes gilt für den Vorschlag von Flessner, da er die Saldotheorie anwenden will, wenn es sich aufgrund der von ihm entwickelten Zurechnungskriterien nicht entscheiden läßt, wem nun letztlich, dem Empfänger oder dem Leistenden, das Risiko für den Untergang der Leistung anzulasten ist. (15)

Auch das von Kaehler entwickelte System von Behaltensgründen, die einen abstrakten Erwerb rechtfertigen, sowie Gründen, die diese wiederum ausschließen, überzeugt nicht, nicht zuletzt deswegen, weil er mit ihm u.a. nur die Saldotheorie in ihren alten Strukturen zu erklären versucht. Alle bereicherungsrechtlichen Probleme des deutschen Rechts, die mit der Saldotheorie verbunden sind, werden zugunsten einer Parallele mit dem englischen Recht außer Acht gelassen, obwohl diese gerade die Richtigkeit der Saldotheorie in Frage stellen. (16) Da das System der Behaltensgründe wie auch ihrer Ausschlußgründe im wesentlichen auf Gesichtspunkten beruhen, die sich gerade bei der Abwicklung

(13) Diesselhorst, Natur der Sache, S. 72 ff (83);

(14) Leser, Faktisches Synallagma, S. 49 ff;

(15) Flessner, Wegfall, S. 159 ff;

(16) Kaehler, Bereicherungsrecht, S. 154 ff (209 ff);

nichtiger gegenseitiger Verträge aus angenommenen rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen (Rest-) Bindungen ergeben, bleibt im Ergebnis, ähnlich wie bei Flume (17), insbesondere die Haftung Minderjähriger und Geisteskranker ungelöst.

(17) vgl. oben unter § 2 Ziff. 3, S. 19 ff;

LITERATURVERZEICHNIS:

I. Materialien, Kommentare, Lehrbücher

- Baur, Fritz
Lehrbuch des Sachenrechts, 7. Aufl.,
München, 1973
- Boehmer, Gustav
Einführung in das Bürgerliche Recht, 2. Aufl.,
Tübingen, 1965
- Diederichsen, Uwe
Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen
Entscheidungen (BGB-AT),
Karlsruhe, 1969
- Enneccerus, Ludwig-Lehmann, Heinrich
Recht der Schuldverhältnisse, Lehrbuch,
15. Bearb.,
Tübingen, 1958
- Enneccerus, Ludwig-Nipperdey, Hans Carl
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
Bd. 1, 2, 14. und 15. Bearb.,
Tübingen, 1955, 1959/60
- Erman, Walter
Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz u.a., Bd. 1, 2, 5. Aufl.,
Münster, 1972
- Esser, Josef
Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil,
2. Aufl.,
Karlsruhe, 1960
- Schuldrecht, Bd. 1 u. 2, 4. Aufl.,
Karlsruhe, 1971
- Fikentscher, Wolfgang
Schuldrecht, 4. Aufl.,
Berlin, New York, 1973
- Fischer, Otto-Henle, Wilhelm
Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl.,
München, 1932

Flume, Werner

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs,
Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl.,
Berlin, New York, Heidelberg 1975

Das Bürgerliche Gesetzbuch

mit besonderer Berücksichtigung der Rechtspre-
chung des Reichsgerichts und des Bundesgerichts-
hofes, Kommentar, hrsg. von Reichsgerichtsräten
und Bundesrichtern, 11. Aufl., verschiedene Bände,
Berlin, 1959 ff

Das Bürgerliche Gesetzbuch

mit besonderer Berücksichtigung der Rechtspre-
chung des Reichsgerichts und des Bundesgerichts-
hofes, Kommentar, hrsg. von Mitgliedern des BGH,
12. Aufl., 1. Lief. §§ 812 - 822 BGB,
Berlin, New York, 1974

Hausmann, Wilhelm

Das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsge-
schäfte vom 16. Mai 1894 nebst Begründung,
Berlin, 1894

Heck, Philipp

Grundriß des Sachenrechts,
Tübingen, 1930
Nachdruck, Aalen, 1960

-- Grundriß des Schuldrechts,

Tübingen, 1929
Neudruck, Aalen, 1958

Hedemann, Justus Wilhelm

Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs,
3. Aufl.,
Berlin, 1960

Hölder, Eduard

Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürger-
lichen Gesetzbuchs,
München, 1900

Jescheck, Hans Heinrich

Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil,
2. Aufl.,
Berlin, 1972

Klang, Heinrich

Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen
Gesetzbuch, hrsg. von Heinrich Klang,
2. Aufl., Bd. 6,
Wien, 1951

- Klauss, Herbert
Abzahlungsgeschäfte,
Stuttgart, 1950
- Kress, Hugo
Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts,
München, 1929
- Lange, Heinrich
Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs,
1. Aufl.,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1967
- Larenz, Karl
Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen
Rechts, 3. Aufl.,
München, 1975
- Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil,
9. u. 10. Aufl.,
München, 1968/1970
- Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil,
10. Aufl.,
München, 1972
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl.,
Berlin, Heidelberg, New York, 1969
- Lehmann, Heinrich - Hübner, Heinz
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs,
16. Aufl.,
Berlin, 1966
- Lent, Friedrich - Schwab, Karl Heinz
Sachenrecht, 13. Aufl.,
München, 1972
- Leonhard, Franz
Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetz-
buchs, Bd. 1, Das Schuldrecht des BGB,
München, Leipzig, 1929
- Besonderes Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetz-
buchs, Bd. 2, Das Schuldrecht des BGB,
München, Leipzig, 1931
- Medicus, Dieter
Bürgerliches Recht, 6. Aufl.,
Köln, Berlin, München, Bonn, 1973

- Mugdan, B
Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen
Gesetzbuch für das Deutsche Reich, ver-
schiedene Bände,
Berlin, 1899
- Oertmann, Paul
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und
seinen Nebengesetzen, 3. Aufl., verschiedene
Bände,
Berlin, 1927 ff
- Ostler, Fritz - Weidner, Jochen
Abzahlungsgesetz, 6. Aufl.,
Berlin, New York, 1971
- Palandt, Otto
Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz
u.a., 34. Aufl.,
München, 1975
- Planck, Gottlieb
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl., verschiedene
Bände,
Berlin, Leipzig, 1928
- Samter, M. Karl
Kommentar zum Reichsgesetz betreffend die Abzah-
lungsgeschäfte vom 16. Mai 1894,
Berlin, 1911
- Siber, Heinrich
Schuldrecht,
Leipzig, 1931
- Soergel, Hans Theodor - Siebert, Wolfgang
Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz
und Nebengesetzen, 10. Aufl., verschiedene Bände,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1967 ff
- Staudinger, Julius v.
J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebenge-
setzen, 10./11. Aufl., verschiedene Bände und
Einzellieferungen,
Berlin, 1957 ff
- Tuhr, Andreas v.
Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen
Rechts, Bd. 1 u. 2,
München, Leipzig, 1910, 1914

- Westermann, Harry
Sachenrecht, 5. Aufl.,
Karlsruhe, 1966/1973
- Windscheid, Bernhard - Kipp, Theodor
Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl.,
Frankfurt am Main, 1906
Neudruck, Aalen, 1963
- Wolf, Ernst
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
Lehrbuch,
München, Köln, Berlin, Bonn, 1973
- Lehrbuch des Sachenrechts,
München, Köln, Berlin, Bonn, 1971
- Wolff, Martin - Raiser, Ludwig
Sachenrecht, Lehrbuch, 10. Aufl.,
Tübingen, 1957

II. Monographien und Dissertationen

- Bailas, Demetrios
Das Problem der Vertragsschließung und der
vertragsbegründende Akt,
Göttingen, 1962
- Barnstedt, Erich
Das Merkmal der Rechtsgrundlosigkeit in der
ungerechtfertigten Bereicherung,
Berlin, 1940
- Batsch, Karl Ludwig
Vermögensverschiebung und Bereicherungsheraus-
gabe in den Fällen unbefugten Gebrauchs bzw.
sonstigen Nutzens von Gegenständen,
Marburg, 1968
- Beule, Heinz Gerd
Die Stellung Geschäftsunfähiger und beschränkt
Geschäftsfähiger im Rechtsverkehr mit Kredit-
instituten - unter besonderer Berücksichtigung
der AGB der Kreditinstitute -,
Diss. Münster, 1967

- Bohde, Hans
Saldotheorie und Zweikondiktionenlehre,
Diss. Köln, 1931
- Brandt, Hans
Die Verkehrssicherheit und Geschäftsfähigkeit,
Stuttgart, 1936
- Canaris, Claus-Wilhelm
Die Feststellung von Lücken im Gesetz,
Berlin, 1964
- Descombes, Theophile
Über den Fortfall der Bereicherung (§ 818
Abs. 3 BGB)
Diss. Rostock, 1940
- Diesselhorst, Malte
Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechts-
quelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldo-
theorie,
Tübingen, 1968
- Dimopoulos-Vosikis, Heralambos
Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen
Elemente der §§ 987 - 1003 BGB,
Köln, Berlin, Bonn, München, 1966
- Dittenberger, Heinrich
Der Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener
Handlungen,
Berlin, 1903
- Eichler, Herrmann
Die Rechtslehre vom Vertrauen - privatrechtliche
Untersuchung über den Schutz des Vertrauens,
Tübingen, 1950
- Emmerich, Volker
Das Verhältnis der Nebenfolgen der Vindikation
zu anderen Ansprüchen,
Diss. Saarbrücken, 1966
- Flessner, Axel
Wegfall der Bereicherung - Rechtsvergleichung
und Kritik -,
Berlin, Tübingen, 1970
- Frotz, Gerhard
Verkehrsschutz und Vertretungsrecht,
Frankfurt am Main, 1972

- Glass, Eberhard
Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen
Rücktritt,
Berlin, 1959
- Horst, Elsbeth
Die Beschränkung der Bereicherungshaftung,
Diss. Köln, 1961
- Jacobs, Horst Heinrich
Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in
der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung,
Bonn, 1964
- Jung, Erich
Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des
rechtlichen Grundes,
Tübingen, 1907
- Kaehler, Christian-Michael
Bereicherungsrecht und Vindikation - Allgemeine
Prinzipien der Restitution dargestellt am deut-
schen und englischen Recht,
Bielefeld, 1972
- Köbl, Ursula
Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchs-
system des BGB,
Berlin, 1971
- Krause, Walter Erich
Die Haftung des Besitzers nach den §§ 989 -
993 BGB,
Berlin, 1965
- Krawielicki, Robert
Grundlagen des Bereicherungsanspruchs,
Breslau, 1936
Neudruck, Aalen, 1964
- Kuhl, Günter
Das Verhältnis von Verschulden, Verantwortlich-
keit und Bösgläubigkeit Minderjähriger aufgrund
des § 828 BGB,
Diss. Freiburg, 1935
- Larenz, Karl
Vertrag und Unrecht, 2. Teil: Die Haftung für
Schaden und Bereicherung,
Hamburg, 1937
- Leser, Hans Georg
Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma -
Ein Beitrag zur Lehre vom Wegfall der Bereiche-
rung,
Diss. Freiburg, 1956

- Lübtow, Ulrich v.
Beiträge zur Lehre von der *condictio* nach
römischem und deutschem Recht,
Berlin, 1952
- Schenkungen der Eltern an ihre minderjährigen
Kinder und der Vorbehalt dinglicher Rechte,
Lahr, 1949
- Mayr, Robert v.
Der Bereicherungsanspruch des Deutschen Bürger-
lichen Rechts,
Leipzig, 1903
- Müllereisert, Franz Arthur
Vertragslehre - Der Schuldvertrag und der
Haftungsvertrag,
Stuttgart, 1947
- Nebenzahl, Ernst
Das Erfordernis der unmittelbaren Vermögensver-
schiebung in der Lehre von der ungerechtfertig-
ten Bereicherung,
Berlin, 1930
- Ordemann, Walter
Die Haftungsbeschränkung des Bereicherungsschuld-
ners (§ 818 Abs. 3 BGB),
Diss. Marburg, 1956
- Pawlowski, Hans Martin
Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willens-
erklärungen,
Göttingen, 1966
- Pinger, Winfried
Funktion und dogmatische Einordnung des Eigen-
tümer-Besitzer-Verhältnisses,
München, 1973
- Pössinger, Rudolf
Die bereicherungsrechtliche Haftung Minder-
jähriger, insbesondere nach § 819 Abs. 1 BGB,
Diss. Hamburg, 1973
- Preissler, Bruno
Über die Anrechnung der Gegenleistung auf den
Bereicherungsanspruch,
Diss. Erlangen, 1929

- Rost, Wilhelm
Probleme der Kondiktion wegen mißbilligter
Leistungsannahme und ihres Ausschlusses bei
gleichfalls mißbilligter Leistungshingabe -
§ 817 BGB,
Diss. Marburg, 1972
- Rubensohn, Elisabeth
Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB,
Diss. Rostock, 1931
- Rümelin, Max
Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr,
Tübingen, 1912
- Rümker, Dietrich
Das Tatbestandsmerkmal "ohne rechtlichen Grund"
im Bereich der Eingriffskondiktion,
Hamburg, 1972
- Schwartz, Johannes Christoph
Das Billigkeitsurteil des § 829 BGB,
Halle a.S., 1904
- Stieve, Aloys
Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach
dem Bürgerlichen Gesetzbuch,
Diss. Straßburg, 1899
- Waibel, Erich
Die Verschuldensfähigkeit des Minderjährigen
im Zivilrecht,
Berlin, 1970
- Weintraud, Gerhard
Die Saldotheorie - Ein Beitrag zur Lehre vom
Gegenstand der Bereicherung,
Breslau, 1931
- Westermann, Harm Peter
Die causa im französischen und deutschen Zivil-
recht,
Diss. Köln, 1964
- Wilhelm, Jan
Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als
Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus unge-
rechtfertigter Bereicherung,
Bonn, 1973

III. Beiträge in Festschriften

- Caemmerer, Ernst v.
Bereicherung und unerlaubte Handlung,
Festschrift für Ernst Rabel, Bd. 1, S. 333 ff,
Tübingen, 1954
- Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb,
Festschrift für Gustav Boehmer, S. 145 ff,
Bonn, 1954
- "mortuus redhibetur" - Bemerkungen zu den Ur-
teilen BGHZ 53, 144 und 57, 137,
Festschrift für Karl Larenz, S. 621 ff,
München, 1973
- Dölle, Hans
Absurdes Recht?
Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Bd. 1,
S. 23 ff
München, Berlin, 1965
- Dulckeit, Gerhard
Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen
römischen Recht,
Festschrift für Fritz Schulz, Bd. 1, S. 148 ff,
Weimar, 1951
- Fischer, Hans Albrecht
Bereicherung und Schaden,
Festschrift für Ernst Zitelmann, S. 1 ff,
München, Leipzig, 1913
- Flume, Werner
Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung
vom römischen zum geltenden Recht,
Festschrift für Hans Niedermeyer, S. 103 ff,
Göttingen, 1953
- Henle, Rudolf
Das Anwendungsgebiet der Anfechtbarkeit wegen
Drohung,
Festschrift für Ernst Zitelmann, S. 1 ff,
München, Leipzig, 1913
- Hübner, Heinz
Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung,
Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Bd. 1,
S. 373 ff,
München, Berlin, 1965

Lehmann, Heinrich

Berücksichtigung der für den Erwerb einer fremden Sache gemachten Aufwendungen bei der Bereicherungshaftung,
Festschrift für Hans Carl Nipperdey, S. 31 ff,
München, Berlin, 1955

Raiser, Ludwig

Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz,
Festschrift für Martin Wolff, S. 123 ff,
Tübingen, 1952

Roth, Günter H.

Vorteil, Schaden und Wert im Bereicherungsrecht,
Festschrift für Günther Küchenhoff, S. 371 ff,
Berlin, 1972

Tuhr, Andreas v.

Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung,
Festschrift für Ernst Immanuel Bekker, S. 291 ff,
Weimar, 1907
Neudruck, Aalen, 1970

Wilburg, Walter

Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung - nach österreichischem und deutschem Recht,
Kritik und Aufbau,
Festschrift der Universität Graz,
Graz, 1934

IV. Aufsätze in Zeitschriften

Baer, Hans Herrmann

Die Saldotheorie des Reichsgerichts,
ZfHK 101, 260 ff

Batsch, Karl Ludwig

Bereicherungshaftung ohne Vermögensmehrung,
NJW 1972, 611 ff

--

Kraftfahrzeugvermietung an Minderjährige -
Zum Problem der Bereicherung bei unwirksamem
Mietvertrag,
NJW 1969, 1743 ff

Beitzke, Günther

Mündigkeit und Minderjährigenschutz,
AcP 172 (1972), 240 ff

- Berg, Hans
Leistungspflicht aus sozialtypischem Verhalten
und Minderjährigenschutz,
MDR 1967, 448 ff
- Bernstein, Otto
Rechtsgeschäfte unerkennbar Geisteskranker (II),
JW 1914, 1015 ff
- Blomeyer, Arwed
Fortschritte der modernen Schuldrechtsdogmatik,
AcP 154 (1955), 527 ff
- Boehmer, Gustav
Zum Problem der Teilmündigkeit Minderjähriger -
Bemerkungen zu dem Urteil BGH, IV ZS v. 5.12.1958 -
MDR 1959, 705 ff
- Schranken des Rücktrittsrechts des Käufers einer
gestohlenen Sache,
JZ 1952, 521 ff
- Nochmals: Schranken des Rücktrittsrechts des
Käufers einer gestohlenen Sache,
JZ 1952, 588 ff
- Rechte und Pflichten des Käufers einer gestohle-
nen Sache,
JZ 1953, 392 ff
- Bolze, A
Der Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen
Geschäft,
AcP 76, (1890), 233 ff
- Brandt, Hans
Rechtlicher Willensbegriff und Geschäftsunfähig-
keit,
DRW 1937, 366 ff
- Breit, James
Schutz der Banken gegen Geisteskranke durch
Geschäftsbedingungen
BA 11, 140 ff
- Brodmann,
Über die Haftung für Fahrlässigkeit, insbe-
sondere über die Haftung des Schiffers,
AcP 99 (1906), 327 ff
- Brox, Hans
Die Haftung des Besitzers für Zufallsschaden,
JZ 1965, 526 ff

Bruns, Hans Jürgen

Zur Problematik rausch-, krankheits- oder jugendbedingter Willensmängel des schuldfähigen Täters im Straf-, Sicherungs- und Schadensersatzrecht (§§ 330 a, 42 b StGB, 829 BGB),
JZ 1964, 473 ff

Caemmerer, Ernst v.

Bereicherungsansprüche und Drittbeziehung,
JZ 1962, 385 ff

--

Preisverstöße gegen § 817 S. 2 BGB,
SJZ 1950, 646 ff

Canaris, Claus Wilhelm

Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus "culpa in contrahendo", Gefährdung und Aufopferung,
NJW 1964, 1987 ff

Cohn, Ludwig

Der nicht entmündigte Geisteskranke im rechtsgeschäftlichen Verkehr,
BA 16, 54 ff

Danz, Erich

Sind alle Rechtsgeschäfte eines Geisteskranken
nichtig?
JW 1913, 1016 ff

--

Irrenschutz und Verkehrsschutz,
BA 13, 252 ff

--

Rechtsprechung nach der Volksanschauung und dem Gesetz,
JherJb. 54 (1909), 1 ff

Ebbecke

Gestaltung des Bereicherungsanspruchs im einzelnen,
Das Recht, 1912, 746 ff

Ehmann, Horst

Über den Begriff des rechtlichen Grundes,
NJW 1969, 398 ff

Eidenmüller, Alfred

Postbenutzung und Minderjährigenrecht (A),
NJW 1972, 1309 ff

- Eisser, Georg
Die Entmündigungsgründe nach deutschem Recht mit
rechtsvergleichenden Bemerkungen - Zugleich ein
Vorschlag zur Rechtserneuerung -,
AcP 146 (1941), 219 ff
- Fink, Manfred
Abschluß von Automietverträgen mit Minderjährigen,
DAR 1971, 291 f
- Flessner, Axel
Haftung und Gefahrbelastung des getäuschten Käu-
fers,
NJW 1972, 1777 ff
- Flume, Werner
Die Entreicherungsgefahr und die Gefahrtragung
bei Rücktritt und Wandelung,
NJW 1970, 1161 ff
- Fuchs, Ernst
Die moderne Rechtsfindung,
JW 1914, 270 ff
- Rechtsgeschäfte unerkennbar Geisteskranker (I),
JW 1914, 1011
- Gebaur, Gerhard
Die Lehre von der Teilgeschäftsunfähigkeit und
ihre Folgen,
AcP 153 (1954), 332 ff
- Geilen, Gerd
Beschränkte Deliktsfähigkeit, Verschulden und
Billigkeitshaftung (§ 829 BGB),
FamRZ 1965, 401 ff
- Gerstenberger
Der Schutz im Rechtsverkehr mit nicht entmün-
digten unerkennbar Geisteskranken,
GruchBeitr. 71 (1931), 1 ff
- Geschäftsbericht
des Centralverbandes des Deutschen Bank- und
Bankiergewerbes für das Jahr 1913,
BA 13, 98 ff
- Gierke, Julius v.
Die Einheit des Rechts,
ZHR 111, 39 ff

Goetzke, Heinrich

Subjektiver Wertbegriff im Bereicherungsrecht?
AcP 173 (1973), 289 ff

Gursky, Karl-Heinz

Nochmals: Kraftfahrzeugvermietung an Minder-
jährige - Zum Problem der Bereicherung bei un-
wirksamem Mietvertrag -,
NJW 1969, 2183 ff

Hammes, Klaus

Das Problem des § 817 S. 2 BGB - insbesondere
die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB bei Rück-
forderung einer durch Verletzung der Preis- oder
Bewirtschaftungsvorschriften bewirkter Leistun-
gen -,
JR 1950, 11 ff

Hartmann, A

Der Bereicherungsausgleich des Bürgerlichen
Gesetzbuchs,
ArchBürgRecht 21 (1902), 224 ff

Heinsheimer, Karl

Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 des
Bürgerlichen Gesetzbuchs,
AcP 95 (1903), 234 ff

Höchster, E

Grenze der Haftung Unzurechnungsfähiger (§ 829
BGB),
AcP 104 (1909), 427 ff

Hölder, Eduard

Anfechtung der Ehe wegen Irrtums über die
Person,
JherJb. 42 (1901), 1 ff

-- Die richterliche Herabsetzung einer Vertrags-
strafe,
Das Recht 1900, 161 ff

Hohenester, Herrmann

Ansprüche des Vermieters eines Kraftfahrzeugs
gegen den minderjährigen Mieter,
DAR 1967, 126 ff

Homburger, Paul

Zur Geschäftsunfähigkeit Geisteskranker,
BA 10, 369 f

- Honsell, Heinrich
Bereicherungsanspruch und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung,
NJW 1973, 350 ff
- Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung,
MDR 1970, 717 ff
- Huber, Ullrich
Gefahren des vertraglichen Abtretungsverbots für den Schuldner der abgetretenen Forderung,
NJW 1968, 1905 ff
- Der Unfall des betrogenen Gebrauchtwagenkäufers - BGHZ 57, 137 - (Entscheidungsrezension),
JuS 1972, 439 ff
- Janka, Fritz
Rücktritt vom Abzahlungsgeschäft. Was muß der Käufer für den Gebrauch und die Abnutzung zahlen?
BB 1950, 10 f
- Jauernig, Ottmar
Anstaltsnutzung und Minderjährigenrecht,
NJW 1972, 1 ff
- Postbenutzung und Minderjährigenrecht (B),
NJW 1972, 1311 ff
- Josef, Eugen
Die Haftung der Krankenanstalt für die Folgen geschlechtlichen Verkehrs einer Wärterin mit einem Geisteskranken,
LZ 1926, 321 ff
- Irrenschutz
und Verkehrsschutz im Reichstage,
BA 13, 185 ff
- Jung, J
Geschäftsabschluß mit nicht erkennbar Geisteskranken,
RuW 1912, 434 ff
- Kellmann, Christoph
Bereicherungsausgleich bei Nutzung fremder Rechtsgüter - Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 7.1.1971 - (blinder Flugpassagier),
NJW 1971, 862 ff

Kleinheyer, Gerd

Eingriffsbereicherung durch unbefugte Nutzung
und Wertersatz,
JZ 1961, 473 ff

Koether-Rochatz, Inge

Die Haftung des Minderjährigen auf Schadenser-
satz nach §§ 989, 990 BGB,
NJW 1973, 1444 ff

Kötter, Hans Wilhelm

Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion,
AcP 153 (1954), 193 ff

Konow, Karl Otto

Die Verpflichtung aus sozialtypischem Verhalten
und der Minderjährigenschutz bei der Benutzung
öffentlicher Verkehrsmittel,
DB 1967, 1840 ff

Koppensteiner, Hans Georg

Probleme des bereicherungsrechtlichen Wert-
ersatzes (I),
NJW 1971, 588 ff

-- Probleme des bereicherungsrechtlichen Wert-
ersatzes (II),
NJW 1971, 1769 ff

Krückmann, Paul

Schädigungen der Geschäftstreibenden durch
Geisteskranke,
Das Recht 1913, 419 ff

-- Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung
und Deliktsfähigkeit,
JherJb. 55 (1909), 1 ff

Kuhlenbeck, Ludwig

Zum Schadensersatz aus Geschäftsabschlüssen,
BA 5, 285 ff

Larenz, Karl

Die Begründung von Schuldverhältnissen durch
sozialtypisches Verhalten,
NJW 1956, 1897 ff

Lassen, K

Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereiche-
rung,
ArchBürgRecht 40 (1914), 286 ff

Lehmann, Heinrich

Faktische Vertragsverhältnisse,
NJW 1958, 1 ff

- Leonhard, Rudolf
Zur Gefahr der Geschäftsabschlüsse mit heimlich
Geisteskranken,
BA 5, 153 ff
- Zur Geschäftsfähigkeit der Entmündigten,
BA 10, 228 f
- Irrenschutz und Verkehrsschutz,
BA 13, 143 ff
- Lieb, Manfred
Nutzungsmöglichkeiten als Gegenstand von
Bereicherungsansprüchen - Zugleich Stellung-
nahme zum "Flugreiseurteil" des BGH,
NJW 1971, 1289 ff
- Lorenz, Werner
Zur Frage des bereicherungsrechtlichen Durch-
griffs in Fällen des Doppelmangels,
JZ 1968, 51 ff
- Maenner
Bereicherungsansprüche,
DJZ 1916, 282 ff
- Mayer, Wilhelm
Die Verjährungseinrede und die Gegeneinwände
der Arglist und der ungerechtfertigten Berei-
cherung,
BayZ 1918, 35 ff
- Mestmäcker, Ernst Joachim
Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der unge-
rechtfertigten Bereicherung,
JZ 1952, 521 ff
- Metzler, Ewald
Zwei Rechtsfragen bei Autovermietungen an Minder-
jährige,
NJW 1971, 690 f
- Schadensersatz ohne Schaden beim minderjährigen
blinden Flugpassagier,
MDR 1971, 633 ff
- Mezger, Ernst
Rechte und Pflichten des Käufers einer gestoh-
lenen Sache,
JZ 1953, 67 ff
- Die unechte Gesamtgläubigerschaft von Eigentümer
und Veräußerer einer gestohlenen oder entzogenen
Sache,
NJW 1953, 812 f

- Mezger, Robert
Das schwarzfahrende Kind,
NJW 1967, 1740 ff
- Mühl, Otto
Zur Frage des Durchgriffs beim Doppelmangel
im Bereicherungsrecht,
NJW 1968, 1868 ff
- Oertmann, Paul
Ersitzung und Bereicherungshaftung,
Das Recht 1910, 585 ff
- Bereicherungsansprüche bei nichtigen Geschäften,
DJZ 1915, 1063 ff
- Noch einmal die Bereicherungsansprüche aus nichtigen
Geschäften,
Das Recht 1919, 329 ff
- Zur Kritik der Saldotheorie beim Bereicherungs-
anspruch,
JR 1931, 229 ff
- Oertmann, Paul
Der Einfluß der Ersitzung auf die Bereicherungshaf-
tung,
LZ 1933, 881 ff
- Verschuldensfähigkeit,
LZ 1924, 241 ff
- Pawlowski, Hans Martin
Die Ansprüche des Vermieters eines Kraftfahr-
zeugs gegen den minderjährigen Mieter - OLG Hamm,
NJW 1966, 2357 (Entscheidungsrezension),
JuS 1967, 302 ff
- Peters, Casjen
Ansprüche aus Eigentum,
AcP 153 (1954), 454 ff
- Pfizer, Th
Verschulden eines Kindes unter 7 Jahren,
DJZ 1904, 712 ff
- Finger, Winfried
Die Nebenfolgen der Vindikation im Anspruchs-
system des BGB,
JR 1973, 269 ff
- Wertersatz im Bereicherungsrecht (I),
MDR 1972, 101 ff

Pinger, Winfried

Wertersatz im Bereicherungsrecht (II),
MDR 1972, 187 ff

Püschel, Willy

Verstärkter Schutz gutgläubiger Vertragsgegner
von nicht erkennbar Geisteskranken,
JW 1914, 565 ff

Rabel, Ernst

Der sogenannte Vertrauensschaden im schweizeri-
schen Recht,
ZSchwR N.F. 27 (1908), 291 ff

Raiser, Ludwig

Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im
deutschen Zivilrecht,
JZ 1961, 465 ff

-- Die Subsidiarität der Vindikation und ihrer
Nebenfolgen. Anmerkung zu dem BGH Urteil vom
21.12.1960 - Az. VIII ZR 89/59 -,
JZ 1961, 529 ff

-- Verwendungsansprüche des Werkunternehmers,
JZ 1958, 681 ff

Rothoeft, Dietrich

Vermögensverlust und Bereicherungsausgleich,
AcP 163 (1964), 215 ff

-- Das Problem,
JA 1969, 66

Rümelin, Max

Die Verwendung des Causalbegriffs im Strafrecht
und Zivilrecht,
AcP 90 (1900), 171 ff

Scheying, Robert

Leistungskondition und Bereicherung "in sonsti-
ger Weise",
AcP 157 (1958/1959), 371 ff

Schindler, Karl Heinz

Die aufgedrängte Bereicherung beim Ersatz von
Impensen,
AcP 165 (1965), 500 ff

Schlund, Gerhard H

Teilnahme von beschränkt Geschäftsfähigen an
den Ausspielungen des Zahlenlottos,
RdJ 1971, 77 ff

Schneider, K

Zur Bestimmung des Umfangs der Bereicherung nach
Erfüllung eines nichtigen Vertrags,
JherJb. 61 (1912), 179 ff

Schnitzerling, Manfred

Die rechtliche Stellung des Minderjährigen beim
Kauf und Mieten eines Kraftfahrzeugs und als
Mitfahrer,
RdJ 1967, 15 ff

Schnitzler, Elmar

Unbeachtlichkeit des Bereicherungswegfalls trotz
guten Glaubens?
JZ 1972, 270 ff

Schulz, Fritz

System der Rechte auf den Eingriffserwerb,
AcP 105 (1909), 1 ff

Schwab, Dieter

Mündigkeit und Minderjährigenschutz,
AcP 172 (1972), 266 ff

Schwenn, Herrmann

Gefahrtragung beim Rücktritt,
AcP 152 (1952/1953), 138 ff

Siebert, Wolfgang

Die Verpflichtung des Käufers zur Herausgabe
von Nutzungen bei nichtigem Kaufvertrag,
DGWR 1940, 241 ff

Simon, Ludwig

Die Gefahrtragung der Banken durch Geschäftsab-
schlüsse mit unerkennbar Geisteskranken.
JW 1913, 219 ff

Staudacher, Paul

Haftung von Minderjährigen bei Automietverträgen,
NJW 1961, 1907 ff

Strutz, Eberhard

Die Abzugsfähigkeit von Aufwendungen für den
Erwerb der Sache im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB,
NJW 1968, 141 ff

Tasche

Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluß,
JherJb. 90 (1942), 101 ff

- Teichmann, Arndt
Die Flugreise-Entscheidung - BGHZ 55, 128 -
(Entscheidungsrezension),
JuS 1972, 247 ff
- Thielmann, Georg
Schadensersatz und Nutzungen bei der Wandlung -
Fragen des Haftungsbeginns und der Aufrechnung,
VersR 1970, 1069 ff
- Tuhr, Andreas v.
Der 86. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts
in Zivilsachen,
DJZ 1916, 582 ff
- Weitnauer, Hermann
Der arglistig getäuschte Käufer,
NJW 1970, 637 ff
- Westermann, Harm Peter
Doppelmangel bei Bereicherungskette und Drei-
ecksverhältnis (Entscheidungsrezension zu BGHZ
48, 70),
JuS 1968, 17 ff
- Wieling, Hans Josef
Die Nutzungen des gutgläubigen Besitzers, insbe-
sondere bei fehlgeschlagenen Vertragsverhältnis-
sen,
AcP 169 (1969), 137 ff
- Wieling, Hans Josef
Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlichem
Rücktritt,
JuS 1973, 379 ff
- Wolf, Ernst
Nochmals Preisausschreiben (B),
JuS 1965, 33 ff
- Zum Rücktritt des Käufers einer gestohlenen
Sache,
NJW 1953, 164 ff
- Zum Rücktritt des Käufers einer gestohlenen
Sache,
NJW 1954, 708 ff
- Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden,
AcP 153 (1953), 97 ff
- Wolff, Max
Die "moderne Art der Rechtsprechung"
JW 1914, 121 ff

V. Entscheidungsanmerkungen und Buchbesprechungen

Berg, Hans

Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom
5.10.1961 - Az.: VII ZR 207/60 - NJW 1961,
2252,
NJW 1962, 101 ff

-- Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom
30.10.1963 - Az.: VII ZR 285/61 - NJW 1964,
399 ff,
NJW 1964, 720 ff

Beuthien, Volker

Buchbesprechung: Diesselhorst, Malte, Die
Natur der Sache als außergesetzliche Rechts-
quelle verfolgt an der Rechtsprechung zur
Saldotheorie,
Tübingen, 1968,
JZ 1969, 570 ff

Canaris, Claus Wilhelm

Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom
7.1.1971 - Az.: VII ZR 9/70 -,
JZ 1971, 560 ff

Diesselhorst, Malte

Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom
8.1.1970 - Az.: VII ZR 130/68 -,
JZ 1970, 416 ff

Flume, Werner

Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom
5.10.1961 - Az.: VII ZR 207/60 -,
JZ 1962, 281 ff

Franz, Dietmar

Anmerkung zu der Entscheidung des OLG Stuttgart
v. 7.6.1968 - Az.: 10 U 22/67 -,
NJW 1969, 1632 ff

Herr, Robert

Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom
14.10.1971 - Az.: VII ZR 313/69 -,

Johannsen, Kurt Herbert

Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom
24.9.1955 - Az.: IV ZR 162/54 -,
LM Nr. 2 zu § 104 Bl. 2

Kieninger, Günter

Anmerkung zu der Entscheidung des OLG Hamm
vom 9.3.1961 - Az.: 3 U 54/61 - NJW 1961, 1120,
NJW 1961, 1582 f

Knütel, R

Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom
7.1.1971 - Az.: VII ZR 9/70 -,
JR 1971, 293 ff

Kühne, G

Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom
14.10.1971 - Az.: VII ZR 313/69 -,
JR 1972, 112 ff

Lehmann, Heinrich

Anmerkung zu der Entscheidung des OLG Saar-
brücken vom 25.8.1948 - Az.: 1 U 47/48 -,
DRZ 1949, 280 ff

Leser, Hans Georg

Buchbesprechung: Diesselhorst, Malte, Die
Natur der Sache als außergerichtliche Rechts-
quelle verfolgt an der Rechtsprechung zur
Saldotheorie (The 'Nature of Things' as an
Extra-Statutory Source of Law, discussed with
reference to the case-law on the 'balance-
theory' in the law of unjust enrichment) Tübingen,
1968,
Modern Law and Society 1974, 132 ff

Lieb, Manfred

Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom
14.10.1971 - Az.: VII ZR 313/69 -,
JZ 1972, 442 ff

Medicus, Dieter

Anmerkung zu der Entscheidung des LG Bremen vom
17.8.1966 - Az.: 8 O 512/66 -,
NJW 1967, 354 ff

-- Anmerkung zu der Entscheidung des LG Lüneburg
vom 6.11.1969 - Az.: 1 S 234/69 -,
NJW 1970, 665 ff

-- Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom
7.1.1971 - Az.: VII ZR 9/70 -,
FamRZ 1971, 247 ff

Mendelsohn-Bartholdy, A.

Anmerkung zu der Entscheidung des RG vom
12.11.1917 - Az.: 321/17 IV -,
JW 1918, 133 f

Oertmann, Paul

Anmerkung zu der Entscheidung des RG vom
5.11.1917 - Az.: IV 229/17 -,
JW 1918, 132 Nr. 5

-- Anmerkung zu der Entscheidung des RG vom
12.2.1919 - Az.: V 259/18 -,
JW 1919, 377 ff

Raiser, Ludwig

Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom
14.6.1951 - Az.: IV ZR 37/50 -,
JZ 1951, 716 ff

Rietschel, Georg

Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom
8.1.1970 - Az.: VII ZR 130/68 -,
LM Nr. 15 zu § 818 Abs. 3 BGB

-- Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom
7.1.1971 - Az.: VII ZR 9/70 -,
LM Nr. 3 zu § 819 BGB

Süß, Theodor

Anmerkung zu der Entscheidung des RG vom
23.1.1936 - Az.: II 296/35 - RGZ 151, 361 ff,
JW 1937, 1959 ff

Werner

Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom
28.3.1952 - Az.: I ZR 111/51 - NJW 1952, 778 f,
NJW 1952, 930 f

Winter, Reinhard

Anmerkung zu der Entscheidung des OLG Stuttgart
v. 7.6.1968 - Az.: 10 U 22/67 - NJW 1969, 612 f,
NJW 1969, 1120 ff

L e b e n s l a u f

Am 26. Dezember 1944 wurde ich als drittes Kind des Richters Martin Dittrich und dessen Ehefrau Ursula, geb. Blaeschke in Lindenau /Oberschlesien geboren. Von Ostern 1951 bis Ostern 1955 besuchte ich die Volksschule und im Anschluß daran das Landgraf-Ludwig-Gymnasium in Gießen. Nach bestandener Reifeprüfung im Februar 1964, nahm ich im Sommersemester 1964 an der Philipps-Universität in Marburg das Studium der Rechtswissenschaft auf. Am 12. März 1969 legte ich das 1. juristische Staatsexamen ab. Daraufhin wurde ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Hessen übernommen, den ich mit der 2. juristischen Staatsprüfung am 22. September 1972 beendete. Von Oktober 1972 bis März 1975 war ich als wissenschaftlicher Angestellter an der Philipps-Universität in Marburg beschäftigt. Seit dieser Zeit bin ich als Richter im hess. Justizdienst tätig.

Am 30. Juli 1971 habe ich Elisabeth, geb. Gediga geheiratet.

